Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

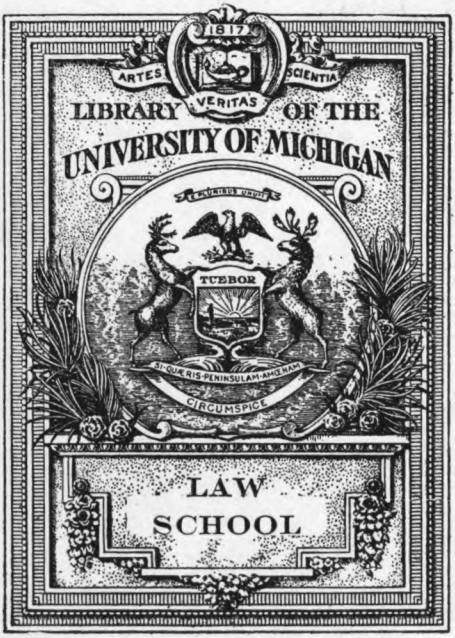
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

K26 .E78



Printed in Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

Verwaltungsarchiv

Zeitschrift

für

Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit

Herausgegeben von

Dr. M. Schultzenstein und Alfred von Keil

Senatspräsidenten d. Kgl. Oberverwaltungsgerichts, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat

Wirkl. Geh. Oberregierungsrat und vortr. Rate im Ministerium des Kgl. Hauses

Vierundzwanzigster Band

Berlin W 8

Carl Heymanns Verlag

1916

Digitized by Google

Zitierweise des Deutschen Juristentags: **Verw.Arch.**

Verlags-Archiv 6046

Digitized by Google

Inhaltsverzeichnis

A. Abhandlungen.

Seite

I. Dr. Schultzenstein, Senatspräsident, Wirklicher Geheimer Oberregierungsrat, Der Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 1

II. Holzapfel, Oberlandeskulturgerichtsrat in Berlin, Über das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Anlagen 42

III. Hugo Rietzsch, Geheimer Regierungsrat in Görlitz, Die Kommunalverfassung des Preußischen Markgraftums Oberlausitz. Bemerkungen zu dem die gleiche Überschrift tragenden Aufsatze des Herrn Universitäts-Professors Dr. Conrad Bornhak in Berlin (Bd. 23 S. 426—433 dieser Zeitschrift) 86

IV. Dr. Posse, Regierungsassessor in Beuthen O.-Schl., Befugnisse der Bergpolizei 94

V. Dr. Posse, Regierungsassessor in Beuthen O.-Schl., Soziale Probleme 105

VI. Dr. Peters, Reichsgerichtsrat a. D. in Leipzig, Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlichrechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften in Preußen 167

VII. Dr. Scholz, Senatspräsident des Oberverwaltungsgerichts a. D. Wirkl. Geh. Ober-Reg.-Rat in Charlottenburg, Zur Lehre von der Bauerlaubnis 184

VIII. Dr. Dochow, a. o. Professor an der Universität Heidelberg, Konsularverwaltung. Ein Beitrag zum deutschen Verwaltungsrechte 242

IX. Dr. Beyer, Rechtsanwalt und Notar in Preuß. Eylau, Die Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person 246

X. Dr. Hoffmann, Wirkl. Geh. Oberregierungsrat in Berlin-Grunewald, Die geschichtliche Entwicklung der Krankenversicherung 265

131901

Digitized by Google

XI. Dr. Josef, Rechtsanwalt in Freiburg i. Br., Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtswegs sowie Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander 324

XII. Dr. Wiesmann, Regierungsassessor in Münster i. W., Die Bildung von Eigenjagdbezirken nach der preußischen Jagdordnung 342

XIII. Dr. jur. Eduard Hubrich, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald, Zur Kontroverse über das Kirchenrecht des allgemeinen Landrechts. Zugleich ein Beitrag über die Prinzipalität des öffentlichen Rechtes dieses Gesetzbuchs und über die Frage: Was ist „wirkliches" oder „geltendes" Recht? 425

XIV. Redlich, Baurat, Vorstand des Kgl. Polizeibauamts II zu Neukölln, Privatdozent an der Kgl. Technischen Hochschule zu Berlin, Berlin-Lankwitz, Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zur Verhütung von Verunstaltungen beim Bauen 477

XV. Ernst Alexander-Katz, Gerichtsreferendar in Berlin-Steglitz, Der Widerruf von Verwaltungsakten bei vorgefallener Bestechung 497

Alphabetisches Sachregister 505

Verzeichnis der Besprechungen und Anzeigen 526

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

I.

Der Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren nach dem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883.

Vom Senatspräsidenten Wirklichen Geheimen Oberregierungsrate Dr. Schultzenstein.

I.

Der Eid, d. i. die feierliche Versicherung der Richtigkeit der über eine Tatsache gemachten Angaben — nicht mehr wie im römischen und altdeutschen Rechte auch der Richtigkeit eines Anspruchs — oder die feierliche Bestärkung eines Versprechens unter Anrufung Gottes, gehört zunächst der Religion und der Sittlichkeit an. Er ist aber zugleich eine Einrichtung des Rechtes, sog. öffentlicher Eid im Gegensatze zum Privateide, der rechtlich nicht geregelt und ohne Bedeutung ist. Die Verletzung der Eidespflicht ist daher nicht bloß eine Sünde und eine Unsittlichkeit, sondern unter den Voraussetzungen des wissentlichen oder des fahrlässigen Meineids auch eine strafbare Handlung.

Rechtseinrichtung ist der Eid in verschiedenen besonderen Arten, als Amts-, Handelsrichter-, Schöffen-, Geschworenen-, Dolmetscher- usw. Eid und selbst noch mehr beschränkter Eid [1]), sowie in allgemeinerer Weise als Zeugeneid, als Sachverständigeneid und

[1]) Siehe z. B. den Eid, der nach § 9 der Bekanntmachung vom 25. September 1915, RGBl. S. 607, zu leisten ist.

Digitized by Google

als Parteieid. Letzteres ist er wieder in den besonderen Arten als Offenbarungseid, d. i. eidliche Bestärkung eines Vermögensbestandes, als Schätzungs- oder Würderungseid, d. i. eidliche Abschätzung eines zugefügten unmittelbaren oder mittelbaren Schadens in Gelde, als Vorlegungs-(Editions-)eid, d. i. eidliche Versicherung, nicht im Besitz einer gewissen Urkunde zu sein, und als Ablehnungs-(Diffessions-) eid, d. i. eidliche Ableugnung der Echtheit der Unterschrift unter einer Privaturkunde, sowie in allgemeinerer Weise als zum Beweis einer behaupteten Tatsache dem Gegner zugeschobener oder von diesem zurückgeschobener Eid (auch Haupteid oder Schiedseid genannt) und als bei nicht ausreichendem anderen Beweise vom Richter einer Partei auferlegter (richterlicher oder notwendiger) Eid, der entweder als Erfüllungseid des Beweisführers zur Ergänzung des Beweisergebnisses oder als Reinigungseid des Gegners zur Beseitigung des vom Beweisführer gelieferten unvollständigen Beweises dient.

Jenachdem die durch den Eid zu bestärkende Erklärung in einem Versprechen, etwas tun oder unterlassen zu wollen, oder in der Versicherung, etwas getan oder unterlassen zu haben, besteht, spricht man von einem Voreide (promissorischen Eide) oder einem Nacheid (assertorischen Eide) und ferner, jenachdem der Eid unmittelbar auf die Wahrheit der zu beschwörenden Tatsache, auf ein bloßes Glauben an diese Wahrheit oder die Überzeugung von ihr geht, von einem Wahrheits-(Wissens-)eid, einem Glaubenseid oder einem Überzeugungseide.

An die Stelle der Eideszuschiebung ist in neuerer Zeit mehrfach die Vernehmung der Parteien, an die sich die Vereidigung der einen oder der anderen von ihnen anschließen kann, gesetzt worden.

Dem Eide nahe verwandt ist die Versicherung an Eidesstatt, die zum Zwecke einer an Stelle der Begründung voller Überzeugung zugelassenen bloßen Glaubhaftmachung, also einer für ausreichend erachteten einigen Wahrscheinlichkeit (einer Bescheinigung), bestimmt ist und insoweit, als sie seitens einer Partei stattfindet, einen Ersatz des Parteieids bildet. Eine wissentlich falsche Versicherung an Eidesstatt ist ebenfalls unter Strafe gestellt.

Wegen ihrer nahen Beziehung zum Parteieid, obwohl sie selbstverständlich keine Art von ihm, sondern eben nur verwandt damit ist, wird die Versicherung einer Partei an Eidesstatt (eidesstattliche Versicherung, Erklärung an Stelle des Eides oder was sonst ihrem

Digitized by Google

Inhalte nach als Versicherung an Eidesstatt anzusehen ist) im Nachstehenden mitbehandelt werden.

II.

Was von diesen verschiedenen Arten des Eides insbesondere den Parteieid anbetrifft, so findet er sich, ohne mit den folgenden Mitteilungen aus seiner geschichtlichen Entwicklung mehr als einen ganz kurzen Überblick geben zu wollen, seit uralten Zeiten bei sehr vielen Völkern. Die Römer hatten ihn schon bei der legis actio per sacramentum; auch das alte germanische Recht kannte ihn. In den ersten Jahrhunderten des Christentums und sodann wieder im Mittelalter (Katharer und Waldenser) sowie im Reformationszeitalter (Anabaptisten und Mennoniten) wurde er bekämpft, blieb jedoch bestehen. Als Rechtseinrichtung bildete ihn das justinianische Recht, und zwar lediglich als Beweismittel für Tatsachen im Gegensatze zu den Ergebnissen einer urteilenden Tätigkeit, aber einschließlich der sog. inneren Tatsachen — nicht mehr zur Feststellung eines Anspruchs und als Ersatz einer Entscheidung — in allen seinen wesentlichen Einzelheiten aus. Von dort her entnahmen ihn der italienische und der kanonische Prozeß. Die beiden letzteren gaben ihn weiter an das Gemeine Recht, aus dem er dann mit verhältnismäßig geringen Änderungen in unser gegenwärtiges Recht übergegangen ist.

III.

Daß von den älteren Teilen des gegenwärtigen Rechtes das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit teilweise durch die Untersuchungsmaxime beherrscht wird[2]), schließt dafür weder insoweit, als es der Untersuchungsmaxime unterliegt, und noch weniger im übrigen den Parteieid aus. Denn dieser ist mit der Untersuchungsmaxime in keiner Weise unvereinbar, wie daraus erhellt, daß im Strafprozesse, der am stärksten unter der Untersuchungsmaxime stets gestanden hat und noch steht[3]), es während langer Zeiten den Parteieid als Reinigungseid mit der Folge der Freisprechung im Falle der Leistung und der der Verurteilung zu außerordentlicher Strafe im Falle der Nichtleistung gegeben hat[4]) (siehe unten S. 6), und daß z. B. in den im Zivilprozesse zu entschei-

[2]) Meine Schrift: Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten S. 32—37.

[3]) Daselbst S. 16 ff.

[4]) Rosenfeld, Der Reichs-Strafprozeß, 4. u. 5. Aufl., S. 17.

Digitized by Google

denden Ehe- und Kindschaftssachen, für die ebenfalls die Untersuchungsmaxime gilt und die Parteien kein Verfügungsrecht über den Gegenstand des Prozesses haben [5]), der Parteieid auch jetzt noch nicht zulässig ist und vielfach vorkommt (siehe unten S. 6, 7, 21, 22).

Die Geltung der freien Überzeugung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ferner steht ebenfalls nicht ohne weiteres und unbedingt entgegen. Das Verhältnis zwischen einer solchen Überzeugung und dem Parteieid ist lediglich dies, daß für die unter den Eid gestellte Tatsache gegenüber dem geleisteten, erlassenen oder verweigerten Parteieide jede Beweiswürdigung und infolgedessen die freie Überzeugung ausgeschlossen sind. Im übrigen haben beide Platz nebeneinander. In welchem Umfang aber es neben dem Parteieide bei dem Grundsatze der freien Überzeugung verbleibt, beseitigt die Zulässigkeit des Parteieids noch nicht. Das zeigt sich bereits daran, daß die Herrschaft der freien Überzeugung dem Verfahren in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit nicht nur nicht eigentümlich, sondern ihm mit allen sonstigen Verfahren durchaus gemeinschaftlich ist [6]) und sie in keinem der letzteren Verfahren die Zulassung des Parteieids gehindert hat. Es würde somit noch der näheren Prüfung bedürfen, ob nicht etwa das Gesetz, wennschon nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch ohne solche zum klaren Ausdrucke gebracht hat, daß der Grundsatz der freien Überzeugung gegenüber dem Parteieid eine Ausnahme erleiden soll (vgl. unten S. 28). Von dieser Prüfung kann jedoch deshalb abgesehen werden, weil die Unzulässigkeit des Parteieids im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit schon dadurch außer allem Zweifel gestellt wird, daß es in diesem Verfahren keine Parteien im Sinne des Zivilprozeßrechts, sondern nur Beteiligte gibt [7]). Demgemäß ist in ihm grundsätzlich kein Raum für den Parteieid. Nur eine Art desselben ist ihm bekannt: der Offenbarungseid (§§ 79, 83 Abs. 2 und 163 FGG.). Der § 15 Abs. 1 FGG. konnte und mußte daher wegen des Offenbarungseids sowie wegen des Zeugen- und des Sachverständigeneids zwar die entsprechende Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung über das Ver-

[5]) Meine Schrift S. 25 f.

[6]) Mein Aufsatz: Zur freien Überzeugung in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 540 ff.

[7]) Z. B. Josef, Lehrbuch des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 62 ff.

Digitized by Google

fahren bei der Abnahme von Eiden (§§ 478—484) vorschreiben. Dagegen ist diejenige der Vorschriften über den Beweis durch Eid, d. i. über den Parteieid (§§ 445—477), nicht mitvorgeschrieben. Bei den sog. echten Streitsachen mögen allerdings die Beteiligten in Wahrheit Parteien in der Bedeutung der Zivilprozeßordnung sein[8]). Dennoch ist auch bei ihnen nach der herrschenden Ansicht der Parteieid, und zwar wie überhaupt so auch einschließlich des richterlich auferlegten, für ausgeschlossen zu erachten[9]).

Das Vorstehende, also die Unzulässigkeit des Parteieids mit Ausnahme des Offenbarungseids, trifft auch für das einen Teil des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit bildende Konkursverfahren[10]) zu (siehe hinsichtlich des Offenbarungseids die §§ 125, 175 Nr. 1 KO.).

Dagegen gibt es in der freiwilligen Gerichtsbarkeit ebenfalls Fälle einer Glaubhaftmachung (§§ 22 Abs. 2, 38, 78, 85, 92 usw. FGG., §§ 153 Abs. 2, 188 Abs. 2, 191 Abs. 2, 217 Abs. 2, 218 Abs. 2 usw. KO.) und kann eine solche mittels Versicherung an Eidesstatt bewirkt werden (§ 15 Abs. 2 FGG. und im Konkursverfahren § 294 ZPO. wegen § 72 KO.)[11]).

Die bürgerliche Strafprozeßordnung — was nach dieser in den hier in Betracht kommenden Beziehungen Rechtens ist, gilt gleichfalls im Militärstrafverfahren — kennt, da auch der Angeklagte (Beschuldigte, Angeschuldigte) nicht mehr bloßes Prozeßobjekt, sondern ein Subjekt ist, das im Prozesse zahlreiche Rechte gegenüber dem Ankläger und dem Strafgerichte hat, und zwar ein jeder, weil zweifellos die Verfahrensfähigkeit im Strafprozesse nicht Geschäftsfähigkeit erfordert, allerdings Prozeßparteien[12]), trotzdem aber nicht den Parteieid, auch nicht im Privatklageverfahren[13]). Ein

---

[8]) Josef daselbst S. 62, 63.

[9]) Schneider in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 29 S. 140; Josef a. a. O. S. 116; Schlegelberger, Die Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit S. 127, 128, 168.

[10]) Meine angezogene Schrift S. 30—31.

[11]) Josef a. a. O. S. 116; Schlegelberger a. a. O. S. 167, 168; Jäger, Kommentar zur Konkursordnung, 3. u. 4. Aufl., Bd. 2 S. 35 Anm. 2.

[12]) Meine angezogene Schrift S. 8 und 17 und z. B. noch Rosenfeld a. a. O. S. 100 ff. sowie Beling in von Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 5 S. 146 und 153; auch Oetker in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 45 S. 553.

[13]) Z. B. Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 1 S. 486.

Digitized by Google

Parteieid auf seiten der Staatsanwaltschaft als Trägers des öffentlichen Interesses oder Vertreters des Staates und auf seiten der Verwaltungsbehörde (§ 464 StPO.) ist selbstverständlich undenkbar. Damit erledigt sich dann zugleich ohne weiteres ein Parteieid auf seiten des Privatklägers und des Nebenklägers. Er ist aber nicht minder für den Beschuldigten, für den es einst lange Zeiten hindurch den sog. Reinigungseid zum Zwecke des Beweises seiner Unschuld gegeben hat (siehe oben S. 3), in keiner seiner Arten zugelassen. Hiermit ist er, freilich bloß stillschweigend, jedoch ganz zweifelsfrei vollständig abgelehnt. Die Unzulässigkeit des Parteieids besteht auch für den sog. Bußprozeß, obwohl dieser nicht wie der sonstige Strafprozeß auf der Untersuchungs-, sondern auf der Verhandlungsmaxime beruht[14]). Denn, wie bereits bemerkt (siehe oben S. 3, 4), ist die Zulässigkeit des Parteieids keine Folge der Verhandlungsmaxime. Eine Vorlegungs- und Auslieferungspflicht ist im Strafprozesse zwar anerkannt, aber nur eine solche dritter Personen, nicht des Beschuldigten, und auch gegenüber jenen ohne den Vorlegungseid (§ 95 Abs. 2 StPO.)[15]).

Die Glaubhaftmachung gibt es in der Strafprozeßordnung (§§ 26 Abs. 2, 45, 55 und 74 Abs. 3 StPO.). Als Mittel dieser Glaubhaftmachung ist die eidliche Versicherung teils ausdrücklich zugelassen worden (§ 55 Satz 2 StPO.), teils ohnedem als zulässig anerkannt[16]). In beiden Beziehungen kommt auch eine Partei in Betracht (§§ 26 Abs. 2 und 45 a. a. O.).

Das größte Anwendungsgebiet für den Parteieid hat stets der Zivilprozeß gebildet, und er bildet ihn dafür noch immer. Unsere Zivilprozeßordnung hat nur für das schiedsrichterliche Verfahren die Schiedsrichter zur Abnahme eines Parteieids für nicht befugt erklärt (§ 1035 Abs. 2), womit der Parteieid selbst nicht ausgeschlossen, sondern lediglich die Hilfe des zuständigen Gerichts erforderlich gemacht ist (§§ 1036, 1045), und den besonderen Ablehnungs- (Diffessions-) eid ganz beseitigt (§ 440). Im übrigen sind in ihr alle anderen Arten des Parteieids für den Regelfall der Verhandlungsmaxime wie bei den Streitigkeiten, für die ausnahmsweise die Untersuchungsmaxime Platz greift, soweit nicht

---

[14]) Meine Schrift S. 20 und ferner etwa Rosenfeld a. a. O. S. 309 sowie Beling a. a. O. S. 201.

[15]) Rosenfeld a. a. O. S. 182.

[16]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. 28 S. 8.

Digitized by Google

im letzteren Falle eine ausdrückliche Einschränkung — keineswegs eine vollständige Ausnahme — getroffen worden ist (§ 617 ZPO.), eingehend geregelt, der zugeschobene, der zurückgeschobene und der richterliche Eid in den §§ 445—477, der Vorlegungseid in den §§ 426, 427, der Offenbarungseid in den §§ 807, 883, 889 und der nur in besonderem, eng beschränktem Umfange beibehaltene Schätzungseid im § 287 ZPO. Das Verfahren bei der Abnahme von Eiden regeln die §§ 478—484, neben welchen Vorschriften bei der Abnahme des Offenbarungseids gemäß §§ 807 und 883 die der §§ 889 ff. in Betracht kommen.

Die Vernehmung der Parteien statt des Parteieids ist von der Zivilprozeßordnung nicht aufgenommen worden, wird aber dafür vielfach empfohlen [17]).

Eine Versicherung an Eidesstatt gibt es im Zivilprozeß als Mittel der Glaubhaftmachung, mit der sich statt eines vollen Beweises der Richter in zahlreichen Fällen zu begnügen hat, in der Weise, daß die Partei zu ihr zugelassen werden kann (§ 294 ZPO.). Andererseits ist sie aber auch mitunter ausdrücklich ausgeschlossen worden (z. B. § 546 Abs. 3).

IV.

Die Mannigfaltigkeit, in welcher der jüngste Teil unseres gegenwärtigen Prozeßrechts, das Verwaltungsstreitverfahren, innerhalb des Deutschen Reichs geordnet ist, hat auch zu einer erheblichen Verschiedenheit hinsichtlich des Parteieids, insbesondere des zugeschobenen und des auferlegten Eides, geführt. Es können hierfür nur Beispiele mitgeteilt werden.

Dem Streitverfahren nach der Reichsversicherungsordnung ist der Parteieid ganz fremd [18]). Dasselbe gilt für dasjenige nach dem Versicherungsgesetze für Angestellte, welches die Verfahrensvorschriften der Reichsversicherungsordnung größtenteils übernommen hat [19]). Im Ergebnisse gleich, aber verschieden im Grunde

[17]) Siehe aus neuester Zeit etwa Bierhaus in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 17 S. 988, Kann ebenda Jahrg. 18 S. 1014, 1019 sowie daselbst S. 1177 und S. 1408 und Kohler in seiner und von Holtzendorff's Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 3 S. 324 und Springer in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 43 S. 539.

[18]) Düttmann u. A., Kommentar zur Reichsversicherungsordnung Bd. 1 S. 395 unter b.

[19]) Mentzel-Schulz-Sitzler, Kommentar zum Versicherungsgesetze für Angestellte S. 545 unter d.

Digitized by Google

verhält es sich mit dem Verfahren vor den Prisengerichten [20]). Der § 55 der Prisengerichtsordnung vom 15. April 1911 (RGBl. 1914 S. 301) verweist so allgemein auf die Vorschriften der Strafprozeßordnung, daß damit zugleich die Unzulässigkeit des Parteieids im Strafverfahren (oben S. 5, 6) klar mitausgesprochen worden ist.

Von den Verwaltungsstreitverfahren der einzelnen deutschen Bundesstaaten sei zunächst das für Baden genannt, den Staat, der das Verdienst hat, nachdem Württemberg und einige andere Staaten mit der Ausbildung gewisser Anfänge von Verwaltungsgerichtsbarkeit vorangegangen waren, der erste deutsche Staat zu sein, der ein völlig ausgebildetes Verwaltungsstreitverfahren geschaffen hat. Im § 24 Abs. 3 des jetzt geltenden Gesetzes vom 14. Juni 1884, die Verwaltungsrechtspflege betreffend, ist, obwohl dieses Gesetz sich wie sonst, so auch bei der Stoffsammlung und dem Beweisverfahren sehr eng und fast noch enger als unser Landesverwaltungsgesetz dem bürgerlichen Prozeßverfahren anschließt, bestimmt: „Beweis durch Eid" — nämlich durch einen Parteieid — „findet, sofern nicht besondere gesetzliche Bestimmungen dieses Beweismittel zulassen, nicht statt". Ebenso ist es nach dem bayerischen Gesetze vom 8. August 1878, betreffend die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofs und das Verfahren in Verwaltungsrechtssachen, welches in Art. 20 Abs. 7 vorschreibt: „Eidliche Bestätigungen der Beteiligten zum Zwecke der Beweisführung finden nur insofern statt, als besondere Gesetze dieselben zulassen", was zurzeit nicht der Fall ist [21]). Das Gleiche spricht der Art. 55 Abs. 3 des großherzoglich hessischen Gesetzes, die Verwaltungsrechtspflege betreffend, vom 8. Juli 1911 dahin aus: „Ein Beweis durch Eid im Sinne der §§ 445 ff. der Zivilprozeßordnung ist ausgeschlossen"; denn von den in bezug genommenen §§ 445 ff. sind die vom auferlegten Eide handelnden §§ 475—477 nicht ausgenommen. Auch dem Verwaltungsstreitverfahren nach dem braunschweigischen Gesetze, betreffend die Verwaltungsrechtspflege, vom 5. März 1895 ist der Parteieid in jeder Gestalt durchaus fremd [22]).

[20]) Dafür, daß auch die Prisengerichte Verwaltungsgerichte sind, siehe z. B. das im Justizministerium bearbeitete Jahrbuch der preußischen Gerichtsverfassung Jahrg. 31 (1914) 1. Teil S. 238 und Vierhaus in der Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 45 S. 612 Anm. 1.

[21]) Henle, Handbuch der innern Verwaltung für Bayern rechts des Rheines S. 63.

[22]) Soergel, Jahrbuch der Rechtsprechung zum Verwaltungsrechte Jahrg. 6 S. 403.

Digitized by Google

Anders ist es dagegen im Königreiche Sachsen. Der Art. 53 Abs. 4 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900 sagt zwar zunächst: „Der Beweis durch Eideszuschiebung ist ausgeschlossen," fährt aber dann fort: „dagegen kann der Eid einer Partei auferlegt werden" [23]).

Hiermit stimmt an sich der Art. 35 Abs. 3 des Staatsvertrags zwischen dem Großherzogtume Sachsen, dem Herzogtume Sachsen-Altenburg und den Fürstentümern Schwarzburg-Sondershausen und Schwarzburg-Rudolstadt vom 15. Dezember 1910 überein: „Der Beweis durch Eideszuschiebung ist ausgeschlossen. Dagegen kann den Beteiligten der Eid auferlegt werden." Allein durch § 34 der auf Grund des Art. 44 des Staatsvertrags erlassenen Geschäftsordnung für das Thüringische Oberverwaltungsgericht vom 21. November 1912 wird weiter noch ausgesprochen: „Das Ergebnis der Beweiserhebung durch Eid unterliegt der freien Beweiswürdigung (Art. 37 Absatz 1 des Staatsvertrags)", um besonders klarzustellen, daß auch die Würdigung des Ergebnisses einer Beweiserhebung durch Eid dem freien richterlichen Ermessen unterliegt und eine entsprechende Anwendung der Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Folgen der Eidesleistung oder Eidesverweigerung — etwa gemäß § 35 Abs. 4 des Staatsvertrags — ausgeschlossen ist [24]). Dadurch ist in Abweichung von dem, was sonst über die Wirkung des Eides ganz allgemein Rechtens ist und stets Rechtens gewesen ist, die Bindung des Richters durch den Parteieid, abgelehnt worden (vgl. unten S. 28, 29).

Noch anders ist es in Württemberg. Zunächst lautet der Art. 36 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876: „Die Verwaltungsgerichte sind befugt, — geeignetenfalls schon vor Anberaumung der mündlichen Verhandlung — Untersuchungen an Ort und Stelle zu veranlassen, Zeugen und Sachverständige zu laden und eidlich zu vernehmen, überhaupt den angetretenen oder den nach ihrem Ermessen erforderlichen Beweis in vollem Umfange zu erheben". Sodann wird außer den besonderen Hinweisen in den Art. 8 Abs. 1, 19 Abs. 1, 38 Abs. 2, 40 Abs. 2 und 3, 44 Abs. 5 und 52 jedoch noch ganz allgemein im Art. 72

[23]) Jahrbücher des Kgl. Sächsischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 19 S. 138: „Eine Eideszuschiebung ist im Verwaltungsstreitverfahren unzulässig."

[24]) Knauth, Die Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege in Thüringen S. 96.

Digitized by Google

verordnet: „Soweit nicht Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes entgegenstehen, finden auf das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten die Vorschriften der jeweils bestehenden bürgerlichen Prozeßordnung, auch soweit sie in gegenwärtigem Gesetze nicht ausdrücklich für anwendbar erklärt sind, entsprechende Anwendung." Entgegenstehende Bestimmungen sind nicht vorhanden. Insbesondere ist keine solche in dem Art. 36 enthalten. Denn daß hiernach der angetretene oder für erforderlich erachtete Beweis in vollem Umfange zu erheben ist, betrifft nicht die Zulässigkeit von Beweismitteln, sondern nur die Erhebung eines zulässigen Beweismittels, spricht mithin nicht aus, daß ausschließlich die vorher besonders genannten Beweismittel zulässig seien (vgl. unten Nr. V S. 12). Es ist daher der Parteieid ebenso, d. i. in denselben Arten und mit demselben Wesen, insbesondere also auch mit der Eigenschaft, die richterliche Überzeugung zu binden, wie nach unserer Zivilprozeßordnung zulässig, dies allerdings nur infolge des Art. 72 und wegen des Art. 36 mit der Beschränkung, daß dafür, ob er im einzelnen Falle stattfinden, d. i. im Sinne des Art. 36 dieses gemäß Art. 72 an sich zulässige Beweismittel erhoben werden soll, der Wille der Parteien in keiner Weise zu bestimmen oder auch nur mitzubestimmen hat, sondern ausschließlich das freie Ermessen des Gerichts maßgebend ist[25]).

Wieder anders ist die Regelung, welche das — zu einem großen Teile (dem sog. Streitverfahren) den besonderen Arten des Verwaltungsstreitverfahrens zuzurechnende[26]) — preußische Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten durch das dieses Verfahren betreffende Gesetz vom 18. Februar 1880 erhalten und in der auf Grund des Gesetzes vom 22. September 1899 vom 1. Januar 1900 ab geltenden Fassung behalten hat. Nach dessen § 1 finden dafür die Vorschriften der Zivilprozeßordnung und deren Abänderungen

[25]) Daß der Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren allgemein zulässig sein sollte, bestätigt die auch noch für das Gesetz zutreffende Ausführung in den Motiven zu dessen Entwurfe, wonach der letztere es nicht für seine Aufgabe erachtet habe, eine vollständig ins einzelne gehende Prozeßordnung aufzustellen, neben Voranstellung einiger allgemeiner Grundsätze er sich darauf beschränkt habe, das Verfahren in seinen wesentlichen Grundzügen festzustellen, und hierbei das Absehen hauptsächlich darauf zu richten gewesen sei, in solchen Punkten Bestimmungen zu treffen, wo die Vorschriften der bürgerlichen Prozeßordnung zur Anwendung sich nicht zu eignen schienen (Hohl, Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Dezember 1876 S. 60, 61).

[26]) Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 12 S. 149.

Digitized by Google

durch das Gesetz vom 1. Juni 1909 (vgl. den Art. VI des letzteren Gesetzes) mit den aus den §§ 2—95 des Gesetzes sich ergebenden Einschränkungen und Abweichungen Anwendung. Einzige hier in Betracht kommende Einschränkungen und Abweichungen sind die im § 45 und im § 53 Abs. 5 dahin getroffenen, daß der Beweisbeschluß, durch welchen die Leistung eines Eides angeordnet wird (§ 461 der Zivilprozeßordnung), von der erkennenden Behörde zu erlassen ist, und daß, wenn in dem ersten zur Leistung eines Eides bestimmten Termine der Schwurpflichtige nicht erscheint, ein Urteil erst erlassen werden darf, wenn innerhalb einer Notfrist von einer Woche nach dem Termin ein Antrag auf nachträgliche Abnahme des Eides nicht gestellt worden ist. Im übrigen gilt also alles, was die Zivilprozeßordnung über den Parteieid vorgeschrieben hat, durchweg und unmittelbar auch für das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, in welchem allerdings der zugeschobene Eid als Beweismittel nur selten vorkommt [27]).

Endlich ist noch anders nach dem preußischen Wassergesetze vom 7. März 1913 vorgegangen worden, indem man sich für das Landeswasseramt, auch wenn und soweit ihm die Eigenschaft nicht nur einer Beschlußbehörde, sondern teilweise der Sache nach eines in einem Verwaltungsstreitverfahren entscheidenden Verwaltungsgerichts zukommen sollte [28]), einfach mit einer Verweisung auf anderweite Vorschriften begnügt hat. Der § 16 Abs. 2 der Verordnung, betreffend das Landeswasseramt, vom 18. März 1914 bestimmt nämlich, daß auf die Erhebung und Würdigung des Beweises die Vorschriften der §§ 76, 77, des § 78 Abs. 1 und des § 79 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883 sinngemäß anzuwenden sind. Danach würde alles, was nachstehend über den Parteieid in dem Verwaltungsstreitverfahren nach dem letzteren Gesetz ausgeführt werden wird, auch für jenes etwaige Verwaltungsstreitverfahren gelten.

---

[27]) Sterneberg und Peltzer, Das Verfahren in Auseinandersetzungsangelegenheiten, 2. Aufl., S. 391 ff.; Haack, Verfassung, Verfahren und Wirksamkeit der Auseinandersetzungsbehörden S. 27 und 28.

[28]) In dem Jahrbuche der preußischen Gerichtsverfassung (oben S. 8 Anm. 20), Jahrg. 31 (1914) 1. Teil wird S. 217 und 218 das Landeswasseramt unter den Verwaltungsgerichten aufgezählt und werden bei den Entscheidungen in streitigen Verwaltungssachen — d. i. im Verwaltungsstreitverfahren — die des Landeswasseramts als Ausnahme von der Regel der vorherigen mündlichen Verhandlung genannt.

Digitized by Google

V.

Unser Landesverwaltungsgesetz, die auf Grund seines § 56 erlassenen Regulative sowie das Regulativ, betreffend Geschäftsgang und Verfahren der Bergausschüsse, vom 8. Dezember 1905, die Geschäftsanweisung für die Beschlußbehörde für Groß-Berlin vom 19. Dezember 1914, welche ebenfalls insoweit in Betracht kommt, als diese Beschlußbehörde im Verwaltungsstreitverfahren entscheidet, und die für die Berechnung des Kostenpauschquantums getroffenen Bestimmungen erwähnen den Parteieid nirgends und in keiner seiner Arten. Jenes Gesetz hat ferner keine solche Vorschrift wie den Art. 72 des württembergischen Gesetzes vom 16. Dezember 1876 (siehe oben S. 9, 10). Im § 76 des Landesverwaltungsgesetzes wird zwar wie dort im Art. 36 von Erhebung des angetretenen oder nach dem Ermessen des Gerichts erforderlichen Beweises in vollem Umfange gesprochen. Dies geschieht jedoch gleichfalls nicht in dem Sinne, daß damit alles, was sich als Beweismittel eignen könnte und in anderen Prozeßarten als Beweismittel zugelassen worden ist, zu einem auch im Verwaltungsstreitverfahren zulässigen Beweismittel erklärt wird, sondern nur so, daß mit den Beweismitteln, die nach anderweiten Vorschriften oder auf Grund sonstiger Erwägungen als im Verwaltungsstreitverfahren zulässig zu erachten sind, Beweis angetreten werden und das Gericht diese Beweismittel nach seinem Ermessen erheben kann. Es wird also in derselben Weise wie durch den Art. 36 des Gesetzes vom 16. Dezember 1876 nicht darüber Bestimmung getroffen, welches die zulässigen Beweismittel sind, sondern allein darüber, in welchem Umfange mit den Beweismitteln, die zulässig sind, ein Beweis angetreten werden kann oder von Amts wegen zu erheben ist. Im übrigen werden als zulässige Beweismittel genannt: Urkunden, zu denen auch gewisse schriftliche Beweismittel, wie amtliche Auskünfte — der Beweis durch solche ist kein Urkundenbeweis, sondern steht diesem nur nahe [29]) —, u. dgl., gehören, im § 66, schriftliche den Parteien zu Gebote stehende Beweismittel und Zeugen im § 71 Abs. 2, Zeugen und Sachverständige im § 72 Abs. 4, Untersuchungen an Ort und Stelle, Zeugen und Sachverständige im § 76 und Zeugen und Sachverständige in den §§ 78 Abs. 1 und 2 und 106 des Gesetzes sowie

[29]) Kann, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl., Bd. 1 S. 1029; Hegler in der Zeitschrift „Der Rechtsgang" Bd. 1 S. 391—396.

Digitized by Google

Zeugen und Sachverständige, Akten, Karten und Schriftstücke, Augenschein in den §§ 12 der Regulative zur Ordnung des Geschäftsganges und des Verfahrens bei den Bezirksausschüssen und bei den Kreisausschüssen usw. vom 28. Februar 1884, dem § 11 des Regulativs vom 8. Dezember 1905 und dem § 12 der Geschäftsanweisung vom 19. Dezember 1914, endlich Zeugen und Sachverständige in dem Zirkular für die Berechnung des Kostenpauschquantums im Verwaltungsstreitverfahren vom 27. Februar 1884, welches nach § 20 der Geschäftsanweisung vom 19. Dezember 1914 auch im Verwaltungsstreitverfahren bei der Beschlußbehörde gilt, und in der Verfügung, betreffend Kostentarif für das Verwaltungsstreitverfahren vor den Bergausschüssen, vom 8. Dezember 1905. Der Parteieid ist also gar nicht genannt.

Weiter schreibt der § 100 des Gesetzes vor, daß die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens unter denselben Voraussetzungen stattfindet, wie nach den bürgerlichen Prozeßgesetzen die Nichtigkeitsklage beziehungsweise die Restitutionsklage. Irgend eine Einschränkung ist dabei hinsichtlich dieser Voraussetzungen nicht gemacht. Unter den Voraussetzungen für die Restitutionsklage ist im § 580 Nr. 1 ZPO. aufgezählt: „wenn der Gegner durch Leistung eines Parteieids, auf welche das Urteil gegründet ist, sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Verletzung der Eidespflicht schuldig gemacht hat". Selbstverständlich bedeutet jene allgemeine Bezugnahme auf die bürgerlichen Prozeßgesetze nicht mehr, als daß, falls es einen Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren gibt, der § 580 Nr. 1 ebenfalls zur Anwendung kommt, bringt aber nicht zum Ausdrucke, daß es den Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren wirklich gibt.

In dem § 109 LVG. ist für die Bewilligung gänzlicher oder teilweiser Freiheit von den Kosten eines Verwaltungsstreitverfahrens beziehungsweise für die Bewilligung einer Stundung solcher Kosten auf den § 30 des Ausführungsgesetzes zum Deutschen Gerichtskostengesetze vom 10. März 1879 verwiesen und damit der im letzteren behandelte Offenbarungseid in gleicher Weise für das Verwaltungsstreitverfahren übernommen. Dasselbe würde gelten, wenn der § 30, trotzdem er besonders genannt worden ist und anders, wie es sonst in derartigen Fällen anerkannt ist, nicht mehr für das Verwaltungsstreitverfahren fortleben sollte[30]), sondern jetzt

[30]) Hierfür Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 265.

Digitized by Google

auch dafür durch den § 18 des Preußischen Gerichtskostengesetzes vom 25. Juli 1910 ersetzt wäre [31]). Ferner kommen bei der Vollstreckung im Verwaltungsstreitverfahren die Vorschriften des § 21 sowie des § 40 Abs. 4 und 5 der Verordnung, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, vom 15. November 1899 und des Art. 35 der Anweisung vom 28. November 1899 zur Ausführung dieser Verordnung über den Offenbarungseid zur Anwendung.

Die Versicherung an Eidesstatt kommt weder im Landesverwaltungsgesetze noch in den Regulativen, der Geschäftsanweisung oder den das Kostenpauschquantum betreffenden Bestimmungen oben S. 12) vor. Nach Abs. 1 des § 61 des Gesetzes finden zwar die Bestimmungen der bürgerlichen Prozeßgesetze über Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen für das Verwaltungsstreitverfahren entsprechende Anwendung, und nach dem somit in bezug genommenen § 44 Abs. 2 ZPO. in seiner damaligen Fassung war der Ablehnungsgrund glaubhaft zu machen, jedoch der Eid als Mittel der Glaubhaftmachung ausgeschlossen. Wohl aber konnte nach § 294 ZPO. derjenige, welcher eine tatsächliche Behauptung glaubhaft zu machen hatte, zur eidlichen Versicherung der Wahrheit der Behauptung zugelassen werden. Jetzt ist letzteres dahin geändert, daß im § 44 Abs. 2 für die Glaubhaftmachung des Ablehnungsgrundes vorgeschrieben worden ist, zur Versicherung an Eidesstatt dürfe die Partei nicht zugelassen werden. Hiermit hat sich der Zweifel erledigt, ob für das Verwaltungsstreitverfahren bei der Ablehnung von Gerichtspersonen die Versicherung an Eidesstatt früher zulässig gewesen ist [32]). Dagegen ist diese Versicherung nach dem Abs. 4 des § 44 ZPO. in Verbindung mit dem § 294 daselbst zur Glaubhaftmachung der Behauptung, daß der Ablehnungsgrund erst später entstanden oder der Partei bekannt geworden sei, im Zivilprozeß [33]), und daher gemäß dem § 61 LVG. auch in unserem Verwaltungsstreitverfahren insoweit zulässig. Dasselbe gilt für die Glaubhaftmachung der Tatsachen, welche ergeben, daß die Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens vor Ablauf der Not-

[31]) So von Brauchitsch, Preußische Verwaltungsgesetze Bd. 1, 21. Aufl., S. 164; vgl. auch Friedrichs, Das Landesverwaltungsgesetz vom 30. Juli 1883 S. 247, 248.

[32]) Meine Abhandlung: Die neuen deutschen Prozeßgesetze und das preußische Verwaltungsstreitverfahren im Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 275, 276.

[33]) Kann a. a. O. Bd. 1 S. 160 Bem. 4.

Digitized by Google

frist erhoben ist, nach dem § 100 LVG. und den §§ 589 Abs. 2 und 194 ZPO.

VI.

Bei dieser Rechtslage, für deren Verständnis die Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 30. Juli 1883 selbst, das Gesetz, betreffend die Verfassung der Verwaltungsgerichte und das Verwaltungsstreitverfahren, vom 3. Juli 1875/2. August 1880 und alles, was jenem Gesetze sonst vorangegangen ist, nichts ergeben, auch außer dem bisher (Nr. I—V) Besprochenen und Mitgeteilten sich irgend etwas Wesentliches nicht weiter bietet, und bei welcher es der am 27. Dezember 1913 dem Herrenhause zur Beschlußfassung vorgelegte Entwurf einer Novelle zum Landesverwaltungsgesetz und die dazu bereits gefaßten Beschlüsse des Herrenhauses belassen haben, wird der Parteieid einschließlich des Vorlegungseids vom Oberverwaltungsgericht in stets gleichmäßiger Rechtsprechung für ein unzulässiges Beweismittel in unserem Verwaltungsstreitverfahren erklärt. Hingegen ist vom Bundesamte für das Heimatwesen, das allerdings den § 39 des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz anzuwenden hat, hierfür, jedoch wegen dessen, soweit er in Betracht kommen kann, vollständiger Übereinstimmung mit dem § 76 LVG. und wegen der sonstigen Gleichheit der maßgebenden Verhältnisse zugleich für den § 76 und das Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetz in Armensachen mit, der Parteieid sowohl als zugeschobener wie als notwendiger Eid für zulässig erachtet worden [34]). Auch in der Theorie gehen die Ansichten auseinander. Von ihr wird der Parteieid teils als unzulässig teils als unzulässig teils wenigstens in gewissem Umfang als zulässig angesehen [35]).

Keine der in der Praxis und in der Theorie vertretenen Ansichten ist bisher auch nur einigermaßen ausreichend begründet

---

[34]) Angaben darüber bei von Brauchitsch a. a. O. S. 111 Bem. 137 sowie bei Friedrichs a. a. O. S. 182 Bem. 26 und hinsichtlich des Vorlegungseids S. 113 Bem. 137 bezw. 177 Bem. 14.

[35]) Nähere Angaben auch hierüber bei Friedrichs a. a. O. S. 182. Es mögen noch hinzugefügt werden Loening im Verwaltungsarchiv Bd. 18 S. 73, Friedrichs daselbst Bd. 22 S. 316, von Bitter, Handwörterbuch der preußischen Verwaltung, 2. Aufl., Bd. 1. S. 298, 443, Apelt, Das kgl. Sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, 2. Aufl., S. 188—190, Bornhak, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 2 S. 473,

Digitized by Google

worden. Soweit überhaupt Gründe angeführt sind, werden sie selbstverständlich in der nachstehenden Erörterung voll berücksichtigt werden. Von einer Angabe darüber, woher der betreffende Grund stammt, ist abgesehen worden, da dies für die Sache keinen entsprechenden Wert hat. Wer dennoch hierauf Gewicht legt, mag es sich selbst mit Hilfe der in den Anmerkungen 34 und 35 (S. 15) angezogenen Stellen herausſuchen.

VII.

Daß in unserem Verwaltungsstreitverfahren einerseits der Ablehnungseid und der Schätzungseid ganz unzulässig sind, andererseits der Offenbarungseid in den bezeichneten Fällen zulässig ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Ebenso unbedenklich ist, daß, wenn der Parteieid in den Arten als zugeschobener und auferlegter Eid unzulässig ist, auch der Vorlegungseid, für den übrigens im Verwaltungsstreitverfahren wenig tatsächliche Gelegenheit zur Anwendung bestehen würde, unzulässig sein muß. Denn das Wesen des Vorlegungseids könnte im Verwaltungsstreitverfahren kein anderes sein als im Zivilprozesse. In dem letzteren [36]) ist er insoweit ein zugeschobener Eid, als seine Zulässigkeit in dem dafür allein in Betracht kommenden Falle, daß eine Partei behauptet, eine Urkunde befinde sich in den Händen des Gegners, und sie deren Vorlegung seitens des Gegners verlangt, von dem Willen einer Partei abhängt, welcher Wille in der Antretung des Urkundenbeweises Ausdruck gefunden hat. Diese Antretung enthält zugleich eine Zuschiebung des Eides, bei der die Besonderheit besteht, daß der Eid niemals zurückgeschoben, auch nicht durch den anderweiten Beweis des Gegenteils, also des Nichtbesitzes der Urkunde, vermieden werden kann. Im Verwaltungsstreitverfahren ist allerdings auch in dem Falle des Beweisantritts durch die Partei ein Urkundenbeweis von Amts wegen möglich. Indessen eine Scheidung

474 und Bd. 3 S. 286 Anm. 5, sowie Kann a. a. O. Bd. 1 S. 1064 Bem. 3, ferner Graeffner-Simm, Das Armenrecht S. 393, Knauth a. a. O. S. 53, von Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd. 3 S. 761, von Laun, Übersicht über wichtige Einrichtungen des Auslandes auf dem Gebiete der Verwaltungsrechtspflege S. 38, Schoen in von Holtzendorff-Kohler, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, 7. Aufl., Bd. 4 S. 303 und Freusberg im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 496.

[36]) Hierzu Kann a. a. O. Bd. 1 S. 1048.

Digitized by Google

zwischen einem solchen Urkundenbeweise von Amts wegen und demjenigen auf Antrag einer Partei läßt sich nicht machen. Es muß deshalb allgemein damit gerechnet werden, daß der Vorlegungseid zu einem erheblichen Teile auch im Verwaltungsstreitverfahren ein zugeschobener Eid sein würde. Er ist aber im Zivilprozesse zugleich ein nicht zugeschobener, sondern auferlegter Eid insoweit, als über seine Normierung das Prozeßgericht ganz frei zu bestimmen hat, also nicht an die Anführungen der Partei gebunden ist, und mit der ferneren Eigentümlichkeit, daß seine Auferlegung nie durch ein bedingtes Endurteil, sondern stets nur durch Beschluß geschieht. Hieraus folgt, daß der Vorlegungseid unter der obigen Voraussetzung einer Unzulässigkeit des zugeschobenen und des auferlegten Eides sowohl in seinem einen als in seinem anderen Teile unzulässig ist.

Dabei hätte es übrigens auch noch dann zu verbleiben, wenn nur der zugeschobene oder nur der auferlegte Eid unzulässig sein sollte. Denn setzt sich etwas aus nicht mehr als zwei Teilen zusammen und ist zu seinem Bestehen jeder der beiden Teile gleich notwendig, so hat das Fehlen bloß des einen Teiles zur Folge, daß das Ganze nicht entstehen und bestehen kann.

Damit und ganz abgesehen von den Gründen, die anderweit gegen eine Zulassung nach Ermessen sprechen (siehe unten S. 25), wird zugleich noch ausgeschlossen, den Vorlegungseid wenigstens in der Beschränkung für zulässig zu erachten, daß das Verwaltungsgericht nach seinem Ermessen von ihm Gebrauch machen könne.

VIII.

Bei der Versicherung an Eidesstatt handelt es sich zunächst darum, ob es außer den oben (S. 14, 15) erwähnten Fällen von Glaubhaftmachung, in denen die Versicherung teils unzulässig teils zulässig ist, noch sonst in unserem Verwaltungsstreitverfahren eine Glaubhaftmachung gibt. Solches[37]) näher zu untersuchen, liegt außerhalb dieser Arbeit. In ihrem Rahmen bleibt nur, ob, soweit der Verwaltungsrichter sich mit einer Glaubhaftmachung statt des Beweises zu begnügen hat, dabei eine Versicherung an Eidesstatt zulässig ist. Hierüber aber kann, sofern nicht für den einzelnen Fall eine besondere Bestimmung entgegensteht, kein Zweifel obwalten. Denn begrifflich hängen Glaubhaftmachung und Versicherung an

[37]) Vgl. dazu z. B. Friedrichs a. a. O. S. 185 Bem. 31.

Digitized by Google

Eidesstatt so eng miteinander zusammen, daß da, wo es die erstere gibt, es auch die letztere gibt und es einer ausdrücklichen Vorschrift bedarf, um die Versicherung an Eidesstatt auszuschließen. Dazu reicht noch nicht aus, daß für das Verwaltungsstreitverfahren weder im Landesverwaltungsgesetze selbst noch sonst die Versicherung an Eidesstatt erwähnt worden ist (siehe oben S. 14). In dieser Beziehung ist namentlich auch der § 76 LVG. nicht entscheidend, weil er in der Aufzählung der zulässigen Beweismittel nicht erschöpfend sein soll und nicht erschöpfend ist (oben S. 12) [38]).

Eine andere Frage ist, ob es die Versicherung an Eidesstatt nicht als Mittel bloßer Glaubhaftmachung, sondern als Mittel des Beweises für die Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Tatsache in unserem Verwaltungsstreitverfahren gibt. Diese Frage gehört hierher. Sie hat ebenfalls noch keine Erörterung gefunden und ist zu bejahen. Der Grundsatz der freien Überzeugung [39]) hat im § 79 Satz 1 LVG. einen so uneingeschränkten Ausdruck erhalten, daß durchaus Raum dafür gelassen ist, diese Überzeugung auch durch die eidesstattliche Versicherung sei es einer Partei sei es eines Dritten zu gewinnen. Der Verwaltungsrichter darf sogar zu seiner Überzeugung bereits auf Grund einer einfachen Erklärung der Partei oder eines uneidlichen Zeugnisses gelangen. Um so mehr ist eine eidesstattliche Versicherung ausreichend. Dafür, sie für ausgeschlossen zu halten, genügt das Fehlen einer sie zulassenden Bestimmung nicht, wie es bei der Versicherung an Eidesstatt als Mittel der Glaubhaftmachung nicht schon wegen eines solchen Fehlens allein, sondern deshalb der Fall ist, weil die Glaubhaftmachung statt des Beweises besonders zugelassen werden mußte, jedoch nicht zugelassen worden ist und es deshalb keine eidesstattliche Versicherung von dieser Art geben kann. Vielmehr würde umgekehrt die Versicherung an Eidesstatt als Beweismittel für die freie Überzeugung nur dann ausgeschlossen sein, wenn die freie Überzeugung und die Mittel, sie zu gewinnen, entsprechend eingeschränkt worden wären, und das ist nicht geschehen. Der Verwaltungsrichter hat somit eine freiwillig vorgelegte Versicherung an

[38]) Vgl. hierzu auch oben S. 12 über die amtlichen Auskünfte als ein zulässiges Beweismittel, obwohl sie keine Urkunden und nicht als Beweismittel genannt sind, sowie die allgemeinen Bemerkungen über das Landesverwaltungsgesetz unten IX S. 19, 20.

[39]) Siehe dazu meinen Aufsatz in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 540 ff.

Digitized by Google

Eidesstatt in ihrer Bedeutung für seine Überzeugung von der Wahrheit oder Nichtwahrheit einer Tatsache zu prüfen, und er ist durch nichts gehindert, auch von Amts wegen eine solche Versicherung einzufordern. Allerdings steht ihm, abgesehen von den Folgerungen, die er aus der Nichtbefolgung der Einforderung für die Sache ziehen darf, kein unmittelbarer Zwang zur Verfügung, um die Abgabe einer eingeforderten Versicherung zu erreichen. Das hindert jedoch selbstverständlich nicht das Recht und die Pflicht, die freiwillig abgegebene Versicherung zu verwerten. Die ohne oder nach Aufforderung abgegebene Versicherung ist auch, wenn sie wissentlich falsch abgegeben worden, nach § 156 StGB. strafbar, da hierzu die allgemeine Zuständigkeit der Behörde genügt und diese im Verwaltungsstreitverfahren und auf seiten der Verwaltungsgerichte, wie soeben ausgeführt worden, besteht. Die Zuständigkeit ist übrigens auch schon deshalb vorhanden, weil jedenfalls nach den §§ 61 und 100 LVG. sowie den §§ 44 Abs. 4, 589 Abs. 2 und 194 ZPO. der Verwaltungsrichter zuständig ist, eine eidesstattliche Versicherung einzufordern (siehe oben S. 14, 15), nicht aber noch verlangt wird, daß im einzelnen Falle die Versicherung notwendig war oder doch wenigstens mit Recht für notwendig gehalten werden konnte [40]).

IX.

1. Bei dem nunmehr noch übrig bleibenden Teile der Zweifelsfrage ist als für ihre Beantwortung de lege lata unerheblich zunächst auszuscheiden, daß es an jeder ausdrücklichen Bestimmung über die Zulässigkeit des Parteieids und über die im einzelnen für ihn geltenden Rechtssätze fehlt; weder eine unmittelbare noch eine mittelbare und weder eine für ihn noch gegen ihn sprechende ist vorhanden (siehe oben S. 12 ff.). Das könnte wesentliche Bedeutung nach der einen oder nach der anderen Seite hin haben, wenn man es für unser Verwaltungsstreitverfahren mit einer auch nur annähernd so sorgfältig und eingehend, wie es die Zivilprozeßordnung ist, ausgearbeiteten Prozeßordnung zu tun hätte. Davon ist aber keine Rede. Das Landesverwaltungsgesetz gibt nur das Knochengerüst und auch dies keineswegs vollständig. Es mit Fleisch und Blut so auszufüllen, daß ein lebensfähiger Körper geschaffen

[40]) von Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche, 9. Aufl., Bd. 1 S. 615, 616 Bem. 4 und 5 zu § 156.

Digitized by Google

wird, ist der Theorie und der Praxis überlassen geblieben. Überall, nicht bloß in Nebendingen, sondern auch in den Grundlagen, muß aushelfender Stoff hinzugefügt werden, und dieser ist sowohl aus allgemeinen Begriffen wie aus Bestimmungen anderer Prozeßordnungen zu entlehnen gewesen und entlehnt worden. Es ist daher sehr wohl denkbar, daß auch hinsichtlich des Parteieids dessen allgemeines Wesen und die anderen Prozeßordnungen zur Ausfüllung einer bloßen ausfüllbaren und auszufüllenden Lücke zu benutzen wären. Das ist um so mehr der Fall, als selbst bei den ausdrücklich zugelassenen Beweismitteln, namentlich etwa beim Urkundenbeweise, die Einzelheiten so wenig geregelt sind, daß ohne ein beständiges umfangreiches Zurückgehen von jener Art und Ergänzen hierdurch gar nicht auszukommen ist. Freilich, dieses Ergänzen würde beim Parteieide mit ganz besonders großer Rechtsunsicherheit verbunden und dabei ein Übermaß von erheblichen Schwierigkeiten zu überwinden sein, ehe man zu einem einigermaßen festen und klaren Rechtszustande käme. Bei so allgemeinen Dingen wie der Bindung oder Nichtbindung des Richters durch die Leistung, den Erlaß und die Verweigerung des Eides ließe sich noch verhältnismäßig leicht zu einem Ziele gelangen. Viel schwerer aber ist solches bei den Einzelheiten. Man denke z. B. nur einmal an Bestimmungen wie die im § 473 ZPO., welche, wenn und soweit die Minderjährigen und ihre Vertreter im Verwaltungsstreitverfahren eine andere Stellung hinsichtlich der Prozeßfähigkeit und der Prozeßvertretung als im Zivilprozesse haben, nicht entsprechend anwendbar und deshalb durch etwas anderes zu ersetzen sind, und daran, was wohl an ihre Stelle zu setzen sein möchte. Indessen bleiben dies doch immer nur Schwierigkeiten, die schließlich überwunden werden könnten und überwunden werden müßten, keine Unmöglichkeiten.

Das vollständige Schweigen über den Parteieid bringt also noch nicht zum deutlichen Ausdrucke, daß dieses Beweismittel unstatthaft sei, läßt vielmehr in gleicher Weise wie für die Unzulässigkeit so auch für die Zulässigkeit des Parteieids Raum.

2. Das Vorstehende gilt auch nicht nur trotz der Eigenschaft des Parteieids als eines sog. künstlichen Beweismittels, woraus wegen der Allgemeinheit und Ungewißheit dieser Eigenschaft gar nichts zu entnehmen ist. Sondern es gilt ebenso noch trotz der sich mehr als etwas Bestimmtes und Faßbares darstellenden Eigenart des Parteieids, die größer ist als die aller anderen Beweismittel, namentlich des Zeugen-, Sachverständigen- und Urkundenbeweises, und darin

Digitized by Google

besteht, daß dem zugeschobenen Eide neben der Eigenschaft eines Beweismittels, weil eine Partei eine tatsächliche Behauptung aufgibt, falls die andere das Gegenteil beschwört, außerdem etwas von einem Vergleich anhaftet, weshalb man ihn ja auch Schiedseid nennt (siehe oben S. 2). Hierbei ist die Eigenschaft als Beweismittel selbstverständlich bedeutungslos sowohl für als gegen seine Zulässigkeit. Sie bleibt solches ganz besonders und in jeder Beziehung bei einem Verfahren, welches so streng und ausnahmslos wie unser Verwaltungsstreitverfahren ein Parteiverfahren ganz gleich dem Zivilprozeß ist, und in welchem die Parteien in allem Wesentlichen dieselbe Stellung, dieselben Rechte und dieselben Pflichten wie die Parteien im Zivilprozesse haben. Dagegen hat allerdings der Vergleich in unserem Verwaltungsstreitverfahren eine andere, geringere Bedeutung wie im Zivilprozesse, namentlich ist eine Beendigung des Streites durch einen gerichtlichen Vergleich unbekannt [41]). Das spricht immerhin dafür, den zugeschobenen Eid wegen seiner Vergleichsnatur als unzulässig anzusehen. Aber es *spricht* doch nur hierfür. Wirklich entscheidend ist es in keiner Weise. Trotz dieser geringeren Bedeutung des Vergleichs gegenüber der im Zivilprozesse kann wegen seiner Eigenschaft als Beweismittel nicht nur der auferlegte, sondern auch der zugeschobene Eid doch noch zulässig sein. Höchstens könnte eine geringere Bedeutung dazu führen, die Zulässigkeit einzuschränken, d. h. den zugeschobenen Eid nicht in der vollen Ausdehnung, in welcher er nach dem Begriffe möglich wäre oder nach dem in der Zivilprozeßordnung oder in sonstigen Verwaltungsstreitverfahren geltenden Rechte möglich ist, sondern bloß ohne das, was ihn wegen seiner Vergleichsnatur so eigenartig macht und von allen anderen Beweismitteln unterscheidet, zuzulassen. Nur eine derartige Beschränkung und keine völlige Unzulässigkeit folgt aus der Eigenart des Parteieids um so mehr, als jedenfalls doch schon eine Art des Parteieids, der Offenbarungseid, und die Versicherung an Eidesstatt unserem Verwaltungsstreitverfahren bekannt sind (oben S. 13, 14 und S. 14, 15 sowie 18, 19), demnach nicht mit völliger Fremdheit des Parteieids und einer ihm nahe verwandten Rechtseinrichtung in ihm zu rechnen ist.

3. Daß die Untersuchungsmaxime, von der unser Verwaltungs-

[41]) Siehe meine Abhandlung: Über den Vergleich im Verwaltungsstreitverfahren im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 24 S. 370 ff. und etwa noch Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 54 S. 87.

Digitized by Google

streitverfahren beherrscht wird[42]), bedeutungslos ist, ergibt sich bereits aus den Mitteilungen und Ausführungen oben unter III S. 3—7. Der Parteieid ist mit jeder Maxime vereinbar. Selbst unter der Inquisitions- und der Instruktionsmaxime hat es ihn in weitem Umfang als zugeschobenen wie als auferlegten Eid und in wesentlich durchaus gleicher Weise wie überhaupt gegeben, vgl. den 10. Titel des 1. Teiles der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793 §§ 245—379 und den 22. Titel daselbst. Im früheren Strafprozesse hat er wenigstens als Reinigungseid bestanden (siehe oben S. 3, 6), umgekehrt im gemeinrechtlichen Zivilprozesse trotz dessen Verhandlungsmaxime, und zwar hier in jeder Art. Im jetzigen Zivilprozesse findet er statt sowohl, soweit die Verhandlungsmaxime, als soweit die Untersuchungsmaxime gilt; um im letzteren Falle seine Zulässigkeit einzuschränken, nicht auszuschließen, hat es besonderer Vorschrift bedurft (oben S. 6, 7).

Ähnlich verhält es sich damit, daß der richterliche Eid mit den obersten Grundsätzen des Verwaltungsstreitverfahrens nicht vereinbar sei. Abgesehen davon, daß der zugeschobene Eid nicht mitgetroffen wird, ist mit einer solchen allgemeinen Erwägung und mit ähnlichen von gleicher Allgemeinheit wieder (vgl. oben S. 20) wenig anzufangen. Die obersten Grundsätze müßten auch doch solche sein, welche dem Verwaltungsstreitverfahren eigentümlich sind. Sind sie ihm mit anderen Prozeßverfahren, die den Parteieid haben, gemeinschaftlich, so erledigen sie sich damit von selbst. Jedenfalls können sie nicht irgendwie entscheidend ins Gewicht fallen.

4. Gelegentlich der Beantwortung der Frage nach der für unser Verwaltungsstreitverfahren maßgebenden Maxime ist die Ansicht vertreten worden, daß nach der Art der Streitsachen, namentlich danach, ob sie wegen eines mehr oder weniger weitreichenden Mangels der sog. Unabhängigkeit des Verwaltungsgerichts von der Verfügung der Parteien oder aus sonstigem Grunde an sich die rechtliche Natur von bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten haben und nur aus Zweckmäßigkeitserwägungen zu Verwaltungsstreitsachen erklärt worden sind oder nicht, unterschieden werden müsse, und daß dem Verwaltungsgericht ein gewisser Einfluß darauf, welche Maxime gelte, einzuräumen sei[43]). Das legt den Gedanken nahe, es könne Gleiches vielleicht gegenüber dem Parteieid in Betracht kommen.

[42]) Meine mehrfach angezogene Schrift S. 37—41.

[43]) Meine Schrift S. 39—40.

Digitized by Google

Allein ebenso wie jenes oder vielleicht noch mehr als jenes ist auch dieses durchaus von der Hand zu weisen. Das Gesetz kennt so, wie es nun einmal erlassen worden ist, keine Unterschiede des Verfahrens weder nach den Arten der Streitsachen noch nach dem Willen, dem freien Ermessen, dem Belieben, der Wahl oder dgl. des Verwaltungsrichters. Vielmehr ist es streng einheitlich geordnet worden, und es ist nicht gestattet, in es Unterschiede irgend welcher Art, besonders auch nicht hinsichtlich des Parteieids, ohne ausdrückliche Vorschriften oder sonst zwingende Gründe hineinzutragen. Eine solche Vorschrift oder ein solcher Grund ist aber nach demjenigen, was bisher ausgeführt worden ist, noch nicht zu ermitteln gewesen. Entweder ist der Parteieid allgemein zulässig, oder er ist gar nicht zulässig. Er ist aber nicht für gewisse Arten von Streitsachen zulässig, für andere nicht, und er ist erst recht nicht für die eine oder die andere Streitsache zulässig oder unzulässig, weil er im gegebenen einzelnen Falle nach der Bestimmung des Verwaltungsgerichts für zweckmäßig, wünschenswert oder dgl. angesehen wird.

Derartiges verbietet sich um so mehr, als bereits der erste Versuch zeigen würde, wie ganz unausführbar es ist, sowohl die Aussonderung der Sachen von der einen Art aus denen von der anderen Art mit einer für die Anwendung auch nur einigermaßen brauchbaren Bestimmtheit vorzunehmen, als die Befugnis des Gerichts, den Parteieid zuzulassen oder ihn nicht zuzulassen, ausreichend und so zu umgrenzen, daß sie nicht auf eine reine Willkür hinausliefe.

In ersterer Beziehung kann namentlich nicht der Unterschied zwischen öffentlichem und bürgerlichem Rechte und zwischen Ansprüchen aus dem einen und Ansprüchen aus dem anderen verwertet werden, da es bisher weder der Theorie noch der Praxis gelungen ist, die Begriffe des öffentlichen und des bürgerlichen Rechtes mit hinreichend deutlicher Erkennbarkeit voneinander abzugrenzen. Ebenso kann nicht mit Streitsachen, welche lediglich Geld oder vermögensrechtliche Leistungen zum Gegenstande haben, und mit sonstigen Streitsachen gerechnet werden. Denn für jene trifft keineswegs immer und auch nicht einmal in der Regel zu, daß die Beteiligten in erheblichem Maße das Verfügungsrecht über den Streitgegenstand haben und das Verwaltungsgericht abhängig von einer Verfügung der Beteiligten ist. Selbst nicht solche Streitigkeiten, wie die wegen Ersatzgeldes bei Weidefreveln, obwohl über sie teilweise auch im Zivilprozesse zu entscheiden (§ 75 des Feld- und Forst-

Digitized by Google

polizeigesetzes vom 1. April 1880) und dann für sie der Parteieid zulässig ist, und die wegen Wildschadenersatzes (§ 59 der Jagdordnung vom 15. Juli 1907) lassen sich aussondern, in welchem Falle übrigens bei ihnen und den ihnen etwa noch gleichzustellenden Verwaltungsstreitsachen wegen ihrer geringen Zahl und Bedeutung der Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren immer nur ein recht kümmerliches Dasein führen würde. Wenn und soweit sie in das Verwaltungsstreitverfahren gewiesen worden sind, hätte dies Anlaß werden können, für sie Sonderbestimmungen zu treffen. Weil davon nichts geschehen ist, haben sie ebenfalls den gewöhnlichen Weg aller Verwaltungsstreitsachen zu gehen. Würde ihnen hinsichtlich des Parteieids eine Ausnahmestellung eingeräumt, so müßte, weil die Gründe hierfür ganz allgemeine und deshalb von größerer, über den Parteieid hinausreichender Tragweite wären, dasselbe noch für einen Vergleich und ein Anerkenntnis [44]) sowie hinsichtlich mancher anderer Dinge geschehen, und man hätte innerhalb des Verwaltungsstreitverfahrens ein ebenso eigenartiges wie im einzelnen ungewisses Sonderverfahren, woran ernstlich doch nicht gedacht werden kann.

Hervorzuheben ist auch, daß, selbst wenn an sich in einem Verwaltungsstreitverfahren öffentlichrechtliche Verhältnisse festzustellen sind, damit doch vielfach sich keineswegs der ganze Streitstoff erschöpft, sondern als Vor- und Zwischenfragen Verhältnisse des bürgerlichen Rechtes, aus dem Eigentumsrechte, dem ehelichen Güterrechte, dem Rechte der elterlichen Gewalt und der Vormundschaft, dem Erbrecht usw., festzustellen sind. Wäre die Scheidung für einzelne Streitsachen zu machen, so müßte sie folgerichtig innerhalb einer jeden Streitsache durchgeführt werden, d. h. es würde in dieser noch weiter zu scheiden sein, jenachdem die Tatsache, welche von dem Parteieide betroffen wird, dem Gebiete des öffentlichen oder dem des bürgerlichen Rechtes angehört, und danach die Unzulässigkeit des Parteieids bestehen oder nicht bestehen. Daß diese Folge nicht gezogen werden kann, liegt auf der Hand. Damit fällt aber die Scheidung überhaupt.

Noch weniger als nach dem Gegenstande des Rechtsstreits läßt sich nach den beteiligten Parteien scheiden, namentlich nicht etwa so, daß der Parteieid zwar gegenüber Privatpersonen, nicht aber

[44]) Vgl. hierzu meine Abhandlung: Über den Vergleich im Verwaltungsstreitverfahren im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 24 S. 370 ff., besonders S. 374.

Digitized by Google

gegenüber Behörden und Beamten zulässig sei. Denn ganz abgesehen davon, ob, wenn Behörden und Beamten kein Eid zugeschoben werden kann, dies nicht notwendig dahin führen müßte, daß sie auch keinen Eid zuschieben könnten, und dadurch nicht große praktische Unzuträglichkeiten entständen, ferner davon, ob und welche juristische Personen folgerichtig gleich den Behörden und Beamten zu behandeln wären, bietet für eine solche verschiedene Stellung der Parteien und große Ausnahme von der vollständigen Gleichheit aller Parteien in ihren Rechten und Pflichten das Gesetz doch ganz gewiß nicht den geringsten Anhalt.

In der zweiten Beziehung sind, wenn man z. B. eine Grenze dahin zöge, daß der Parteieid zwar nicht schon nach völlig freiem Ermessen, wohl aber dann zuzulassen sei, wenn ohne ihn die Beweisführung unmöglich wäre, der Beweis der Wahrheit nicht anders als durch Leistung eines Eides zu erbringen sein würde oder einige Glaubhaftmachung vorhanden sei, das Ergebnis der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichen würde, um das Gericht von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Tatsache zu überzeugen und deshalb der Eid notwendig erscheine, u. dgl. mehr, diese Voraussetzungen bis zum Ende desjenigen Verfahrensteils, in welchem neue Anführungen und Ermittlungen stattfinden dürfen, noch ganz unsicher. Man vermöchte also damit überhaupt nur zur Zulassung des auferlegten Eides zu gelangen. Das jedoch hieße, einen Bruch mit der allgemeinen geschichtlichen Entwicklung des Parteieids als Beweismittels für eine behauptete Tatsache in die beiden Zweige des zugeschobenen und des auferlegten Eides und mit dem engen und innern Zusammenhange zwischen ihnen vornehmen, den sich natürlich der Gesetzgeber, indessen auch nur der Gesetzgeber erlauben, und der sonst nicht geschehen darf. Diesem Bruche steht bei dem gänzlichen Schweigen des Gesetzes außerdem entgegen, daß, mag selbst über die Eidesnorm, die Eidesformel und das Verfahren bei der Abnahme des Eides der Verwaltungsrichter frei zu bestimmen haben, doch wenigstens eines nicht ungeordnet gelassen werden konnte, bei dem Mangel jeder Ordnung aber ganz unklar bleibt. Dieses Eine ist die Frage, ob, während im Zivilprozeß auf den zugeschobenen Eid regelmäßig zu erkennen, er jedoch auch in verschiedenen Fällen durch Beschluß anzuordnen ist und der richterliche Eid, abgesehen von der einzigen Ausnahme des Verfahrens mit fakultativer Mündlichkeit, in welchem die Auferlegung in

Digitized by Google

Beschlußform erfolgt, nur durch bedingtes Urteil stattfindet[45]), im Verwaltungsstreitverfahren der Eid ausschließlich durch Urteil oder sowohl durch Urteil als durch Beweisbeschluß oder gar nur durch Beweisbeschluß soll angeordnet werden können. Dahin, daß die Eidesabnahme durch Beschluß angeordnet werden könne, ist für den auferlegten Eid gar nicht und für den zugeschobenen Eid jedenfalls noch nicht mit der Ausführung zu gelangen, die Eideszuschiebung sei ebensowenig wie eine andere prozessuale Verfügung für das Gericht bindend, sie könne daher nur als eine Anregung für das Gericht wirken; der Grund der Vereidigung sei nicht die Zuschiebung, sondern die richterliche Verfügung. Denn das ist nicht nur mit einem allgemeinen Grundsatze des Verwaltungsstreitverfahrens (siehe unten S. 35 bei Anm. 57), sondern ganz besonders auch mit dem Wesen des Eidesbeweises, auf den es immer erst ankommt, wenn andere Beweismittel nicht oder nicht mehr vorhanden sind, und bei dem es deshalb notwendig ist, ihn in das Ende des Verfahrens, also in das Urteil, zu verlegen, und mit dem Bedürfnisse, der Gefahr der Leistung nutzloser oder gar widersprechender Eide vorzubeugen[46]), unvereinbar derart, daß es hierzu einer ausdrücklichen Anordnung im Gesetze bedurft hätte, die eben fehlt. Vor allem aber würde selbst bei Eigenschaft der Eideszuschiebung als bloßer Anregung für das Gericht hieraus doch noch nicht schlüssig folgen, daß, wenn dieser Anregung stattgegeben wird, es nicht in der Form eines Urteils, sondern in der eines Beschlusses zu geschehen hat.

5. Ob für den Parteieid in unserem Verwaltungsstreitverfahren ein Bedürfnis vorhanden ist, wird später erörtert werden (siehe unten X und XI S. 30 ff.). Für jetzt sei einmal angenommen, daß das Bedürfnis vorhanden sei. Auch dann ist aber damit noch kein Grund gegeben, den Parteieid für zulässig zu halten. Es gibt allgemein viele Dinge ohne ein Bedürfnis, und viele gibt es nicht trotz eines Bedürfnisses für sie. Ebenso gibt es namentlich auch wie im sonstigen Prozeßrechte so im Verwaltungsstreitverfahren und in dem besonderen Verwaltungsstreitverfahren nach dem Landesverwaltungsgesetze viele Einrichtungen ohne ein Bedürfnis dafür, und viele gibt es nicht, für die ein solches vorhanden ist. Das Bedürfnis ist daher allein noch nicht ausschlaggebend. Es kann immer nur

[45]) Kann a. a. O. Bd. 1 S. 411, 1084, 1085 ff. und 1120.
[46]) Kann a. a. O. Bd. 1 S. 1084, 1085.

Digitized by Google

andere Gründe, die bereits für etwas bestehen, verstärken oder die Gründe, die gegen etwas bestehen, abschwächen. Mehr vermag es auch beim Parteieide nicht, hier um so weniger, als, wie sich später zeigen wird, das Bedürfnis nicht unzweifelhaft, zum mindesten weder stark noch dringend ist.

6. Es sind nunmehr noch zwei Bestimmungen des Landesverwaltungsgesetzes zu berücksichtigen, und diese lassen die Entscheidung nicht, wie alles bisher Erörterte, unsicher, sondern ergeben, richtig und vollständig gewürdigt, sie mit der wünschenswerten vollen Gewißheit. Im § 79 daselbst lauten der erste Satz: „Das Gericht hat nach seiner freien, aus dem ganzen Inbegriffe der Verhandlungen und Beweise geschöpften Überzeugung zu entscheiden." und der zweite Satz: „Beim Ausbleiben der betreffenden Partei oder in Ermangelung einer Erklärung derselben können die von der Gegenpartei vorgebrachten Tatsachen für zugestanden erachtet werden." Jener Satz, namentlich das dem Worte „Überzeugung", die schon begrifflich frei ist — eine unfreie, gezwungene Überzeugung wäre ein innerer Widerspruch —, noch besonders hinzugefügte Wort „frei" besagt, daß es außer der Bedingung des Schöpfens aus dem ganzen Inbegriffe der Verhandlungen und Beweise keine die Überzeugung ausschließende oder erschwerende Rechtsregeln, insbesondere keine gesetzlichen Beweisregeln von der Art gibt, wie sie für den Prozeßrichter früher meist gegolten haben und teilweise noch immer gelten [47]). Ihn schränkt der zweite Satz nicht ein, noch ändert er ihn ab. Vielmehr gibt er ihm nur Anwendung auf den behandelten besonderen Fall einer Versäumung dahin, daß auch in diesem Falle der Verwaltungsrichter seiner freien Überzeugung hinsichtlich der vorgebrachten Tatsachen folgen darf. Denn es wird ihm nicht etwa zur Pflicht gemacht, die Tatsachen für zugestanden zu erachten, — lediglich von einem „können" ist die Rede —; selbst bei ihrem ausdrücklichen Zugeständnisse würde wegen des Fehlens einer jeden dahingehenden Vorschrift der Verwaltungsrichter nicht an das Geständnis gebunden und davon, sich eine Überzeugung bilden zu müssen, nicht befreit sein, und noch weniger hätte er die Überzeugung, die er erlangt hat, nicht walten zu lassen. Allerhöchstens ist in dem zweiten Satze ein mittelbarer Hinweis darauf zu finden, daß im allgemeinen aus der Versäumung die Folge zu ziehen bezw. ihretwegen die Überzeugung zu gewinnen

[47]) Mein Aufsatz: Zur freien Überzeugung in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 541—544.

Digitized by Google

sein werde, die vorgebrachte Tatsache sei wahr. Das aber bedeutet weder eine Ausschließung noch auch nur eine Einschränkung der freien Überzeugung. Es verbleibt vielmehr bei der vollen Herrschaft der letzteren.

Von ihr kann natürlich der Gesetzgeber eine Ausnahme machen, und er kann dies selbst ohne ausdrückliche, hierauf gerichtete Worte tun, wenn nur sein entsprechender Wille mit Sicherheit erhellt. Indessen allein der Gesetzgeber kann es tun, nicht der auf die Auslegung und Anwendung des Gesetzes beschränkte Verwaltungsrichter. Demgemäß ist die freie Überzeugung des Verwaltungsrichters ebenso durch Rechtsvermutungen des materiellen Rechtes beschränkt, wie es diejenige des Zivilprozeßrichters ist[48]). Dagegen ist jene nicht gleich dieser weiter beschränkt gegenüber dem Urkundenbeweise, weil hierfür jeder Anhalt mangelt[49]), und aus demselben Grunde nicht gegenüber dem Parteieid oder, solches in anderer Weise ausgedrückt: es gibt in unserem Verwaltungsstreitverfahren so wenig wie eine bindende Beweiskraft von Urkunden eine bindende Beweiskraft des Parteieids, weil sie eine vom Gesetzgeber weder durch ausdrückliche Worte noch auch sonst zugelassene, vielmehr durch die Allgemeinheit und Bestimmtheit, mit welcher der Grundsatz der freien Überzeugung ausgesprochen worden ist, abgelehnte Ausnahme von der Regel der freien Überzeugung wäre. Dies hat zur ebenso notwendigen wie selbstverständlichen Wirkung, daß der Parteieid unzulässig ist[50]). Denn ohne den Richter zu binden und seine freie Überzeugung auszuschließen, kann es keinen Parteieid geben, und hat es niemals und nirgends einen Parteieid gegeben. Wenn sich das letztere neuestens geändert hat und dem Parteieide die Wirkung, den Richter zu binden, genommen worden ist zum ersten Male und auch nur ganz vereinzelt[51]), so würde dem im Wege bloßer Aus-

[48]) A. a. O. S. 543.

[49]) Vgl. z. B. Freusberg im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 496 in den Worten „oder sonstige zwingende Beweismittel".

[50]) Hier ist also das vorhanden, was oben S. 4 dahingestellt gelassen werden konnte und dahingestellt gelassen worden ist.

[51]) Oben S. 9 für Thüringen. Allerdings hat es schon vorher für das Königreich Sachsen eine dem Art. 35 Abs. 3 des Staatsvertrags vollständig entsprechende Vorschrift im § 53 Abs. 4 des Gesetzes vom 19. Juli 1900 gegeben (daselbst S. 9). Allein es fehlt hier doch an einer solchen, wie es die des § 34 der Geschäftsordnung ist. Bisher ist denn auch, soviel sich hat ermitteln lassen, nicht angenommen worden, daß in Sachsen die freie Überzeugung gegenüber dem auferlegten Eide Platz greife.

Digitized by Google

legung zu entsprechen noch unerlaubter sein, weil dann der Parteieid in seinem innersten Wesen umgestaltet wird (vgl. oben S. 28 und unten S. 33). Das kann erst recht nur der Gesetzgeber. Der Gesetzgeber von 1883 aber hat an derartiges nicht einmal gedacht und infolgedessen es auch nicht gewollt (vgl. unten S. 30).

Weil hiernach die Zulassung des Parteieids vom Landesverwaltungsgesetze weder mit ausdrücklichen Worten noch ohne solche mittelbar mit Sicherheit zum Ausdrucke gebracht worden ist, aber gegen dessen § 79 Satz 1 und 2 verstößt, ist sie zu verneinen.

Mit diesem Ergebnisse steht nicht im Widerspruche, daß trotz gleichen Stillschweigens die Versicherung an Eidesstatt als Beweismittel der Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache für zulässig erachtet worden ist (siehe oben S. 18), es wird sogar durch den Gegensatz eher bestärkt. Die Zulässigkeit der Versicherung als Beweismittel verstößt nicht gegen den Grundsatz der freien Überzeugung, sondern ist gerade aus ihm hergeleitet worden. Denn als Mittel, diese Überzeugung zu verschaffen, hat alles zu gelten, was sich dafür überhaupt eignet und nicht besonders ausgeschlossen ist; also ist die Versicherung zulässig. Der Parteieid ist dagegen nicht zulässig, weil er nicht nur nicht aus dem Grundsatze der freien Überzeugung folgt, sondern im Gegenteile mit ihm unvereinbar ist.

Was zu dem gewonnenen Ergebnisse geführt hat, trifft in derselben Weise bei dem zugeschobenen wie bei dem auferlegten Eide zu. Beide sind deshalb gleichmäßig unzulässig. Auch dazu, zwischen ihnen einen Unterschied zu machen, war nur der Gesetzgeber imstande, wie er es ja denn auch anderweit getan hat (siehe oben S. 9). Für Preußen hat er solches nicht getan, und es darf deshalb nicht unterschieden werden.

Ist der Parteieid unzulässig, so ist es auch die Parteivernehmung. Freilich ist bei ihr die richterliche Überzeugung nicht ausgeschlossen, sondern bleibt ebenso wie bei der Zeugenvernehmung unberührt. Aber die Vernehmung der Parteien ist für uns eine fremde Einrichtung[52]), die in das reichsdeutsche Rechtsleben auch bis jetzt keinen Eingang gefunden hat, dafür vielmehr ausdrücklich abgelehnt worden ist[53]). An sie ist beim Erlasse des Landesverwaltungsgesetzes wohl nicht einmal gedacht worden, und etwas, was dem Denken des Gesetzgebers noch ganz fern gelegen

[52]) Sie besteht nur im englischen, nordamerikanischen und österreichischen Rechte.

[53]) Hellwig, System des deutschen Zivilprozeßrechts 1. Teil S. 722.

Digitized by Google

hat, kann selbstverständlich nicht als von ihm gewollt angesehen werden (vgl. oben S. 29). Außerdem soll die Vernehmung der Parteien überall nur ein Ersatz für den Parteieid sein, welcher sonst vom Gesetzgeber hätte zugelassen werden müssen und zugelassen sein würde. Wo eine Zulassung des Parteieids nicht in Frage kommt, wie für unser Verwaltungsstreitverfahren, also etwas zu Ersetzendes fehlen soll und fehlt, kann deshalb auch von dem etwaigen Ersatze, der Vernehmung der Parteien, keine Rede sein.

X.

Eine mindestens ebenso zweifelhafte Frage wie die bisher erörterte nach dem bisherigen Rechtszustand ist die, ob dieser Rechtszustand zweckmäßig ist, und ob und welcher Besserung er bedarf. Die erstere Frage läßt sich zwar, wie gezeigt worden ist, schon für sich allein mit Sicherheit beantworten. Sollte indessen der jetzige Rechtszustand in erheblicherem Grade mangelhaft sein, mehr oder weniger dringend gebessert werden müssen und nur durch Einführung des Parteieids gebessert werden können, so würde dies immerhin in die gegebene Antwort einen gewissen Zweifel daran hineintragen, ob der Gesetzgeber eine derartige Unvollkommenheit wirklich gewollt habe und die geltend gemachten Gründe ausreichen, um sie anzunehmen. Umgekehrt findet das gewonnene Ergebnis noch eine kräftige Bestätigung, wenn es auch vom Standpunkt einer künftigen Gesetzgebung sich empfiehlt und bestehen bleiben kann; es befriedigt dann um so mehr.

Freilich ist die sonach noch vorzunehmende weitere Untersuchung dem Einwand ausgesetzt, daß sie gegenwärtig nicht angemessen sei. Jedoch hiermit wird die angegebene, dem Zusammenhange zwischen der lex lata und der lex ferenda entnommene Veranlassung zu ihr nicht beseitigt. Außerdem ist es zwar richtig, daß, auch wenn der Krieg beendet sein wird, noch längere Zeit nachher dringendere und wichtigere Aufgaben zu erledigen sein werden als die, ob und in welcher Art der Parteieid einzuführen sein möchte im Rahmen einer Fortsetzung der vor dem Kriege in die Wege geleiteten Bessergestaltung unseres Verwaltungsstreitverfahrens (oben S. 15) oder für sich allein. Hiergegen ist jedoch immerhin geltend zu machen, daß sich die Rechtswissenschaft schon so lange Zeit hindurch fast ausschließlich, jedenfalls überwiegend, nur noch mit dem Teile des Rechtes, der den Krieg betrifft oder mit ihm zusammenhängt,

Digitized by Google

beschäftigt hat, dies, obwohl es sich dabei vielfach gar nicht mehr um Rechtsfragen, sondern nur um Machtfragen handelt, weil derjenige Staat, dessen Dasein in mehr oder weniger starkem Maße auf dem Spiele steht, und seine Angehörigen nicht mehr danach fragen und fragen können, was Rechtens oder nicht Rechtens ist, sondern nur danach, was tatsächlich sich tun läßt und vorteilhaft ist. Manchem wird es daher nicht unerwünscht sein, auch einmal etwas zu lesen, was nichts mit dem Kriege zu tun hat und an die besseren Zeiten des Friedens erinnert.

XI.

Von dem, woraus oben (siehe besonders S. 19) gefolgert worden ist, daß das geltende Recht den Parteieid nicht kennt, ließe sich manches wohl auch dafür verwenden, daß er nicht neu einzuführen sei. Allein mehr würde sich dabei nie ergeben als ein Bedenken von größerer oder geringerer Stärke, hingegen nichts, was irgendwie ausschlaggebend wäre. Es wird deshalb davon abgesehen, diesen Weg weiter zu verfolgen, das um so mehr, als bereits die bleibenden schon an und für sich der Einführung entgegenstehenden Gründe sich als ausreichend erweisen werden.

Wie für die Frage, ob der Parteieid nach dem geltenden Rechte zulässig ist oder nicht, daraus, daß er es nach einem anderen Verwaltungsstreitverfahren ist oder nicht ist, nichts entnommen worden ist, weil solches nicht von wesentlicher Bedeutung gewesen wäre, so ist hieraus ferner auch nichts dafür zu entnehmen, ob er für unser Verwaltungsstreitverfahren neu einzuführen sei. Dort wie hier sind alle Schlüsse höchst unsicher. Denn es kommt zunächst an sowohl darauf, ob der Rechtszustand in dem anderen Verfahren überhaupt zweckmäßig ist, als auch darauf, ob er es nicht bloß wegen dessen Besonderheiten ist, und sodann weiter, ob und in welchem Umfange jener Rechtszustand für uns ebenfalls paßt, und letzteres ist mit auch nur einiger Gewißheit schwer festzustellen. Es werden deshalb für die jetzige Untersuchung wieder nur in Betracht gezogen werden einmal ganz allgemeine Erwägungen, die für jedes Verwaltungsstreitverfahren zutreffen, und außerdem noch die besonderen Verhältnisse gerade unseres Verwaltungsstreitverfahrens.

Schon früher, namentlich aber in neuerer Zeit, ist der Ansicht Ausdruck gegeben worden, daß nach dem bestehenden Rechte viel zu viele Eide erfordert werden können und geleistet werden müssen,

Digitized by Google

dadurch aber die Einrichtung des Eides in ihrer Wichtigkeit und in ihrem Werte schwer beeinträchtigt werde[54]). Hiervon ist gewiß manches richtig. Es wird sich z. B. nicht behaupten lassen, daß ein Beamter, Handelsrichter, Schöffe oder Geschworener sich gerade durch den von ihm geleisteten Beamten- usw. Eid (siehe oben S. 1) habe bestimmen lassen, seine Pflichten besser wahrzunehmen oder auch nur sie nicht zu verletzen, und daß er ohne den Eid nicht ebenso gut seine Pflichten erfüllt haben würde. Immerhin greifen dem Parteieide gegenüber doch andere, besondere Erwägungen Platz, namentlich die, daß dort die Verletzung des Eides weder strafbegründend noch auch nur straferschwerend ist; vielmehr ist strafbegründend allein die begangene Pflichtverletzung als solche, und neben dieser fällt die Eidesverletzung nicht einmal erschwerend ins Gewicht. Nur mit dem Parteieid aber haben wir es hier zu tun. Näher steht diesem der Zeugeneid, und deshalb ist es nicht ohne Bedeutung, daß sich ohne den letzteren ganz gut im Prozeß auskommen läßt, nämlich im schiedsrichterlichen Verfahren nach § 1038 Abs. 2 ZPO. und weil von der Befugnis, einen Zeugen beeidigen zu lassen (§ 1036 daselbst), selten Gebrauch gemacht wird, und vor allem im Verwaltungsstreitverfahren, namentlich in dem unsrigen, indem darin vielfach von der an sich zulässigen Beeidigung der vernommenen Zeugen abgesehen wird, und zwar ohne daß ein Schaden für die Sache im einzelnen Falle und noch weniger ein allgemeiner Schaden wahrzunehmen wäre.

Wesentlicher dagegen ist, daß nach langer eigener praktischer Erfahrung sich in unserem Verwaltungsstreitverfahren der Parteieid über den geringen Umfang hinaus, in welchem er bisher zugelassen ist (siehe oben S. 16), als nicht notwendig erwiesen hat, daß dafür bisher keine gegenteilige Ansicht mit auch nur einigermaßen näherer Begründung in der Literatur ausgesprochen worden ist, und daß, soviel bekannt, auch in den zahlreichen anderen Verwaltungsstreitverfahren, wenn und soweit sie ebenfalls den Parteieid nicht kennen (siehe oben S. 7 ff.), ein Bedürfnis nach ihm niemals hervorgetreten ist. Vielmehr reichen die den Verwaltungsgerichten durch die Mitwirkung der Beteiligten zur Verfügung gestellten und von Amts wegen zur Verfügung stehenden zugelassenen Beweismittel

---

[54]) Vgl. hierzu aus neuerer Zeit besonders Thudichum, Geschichte des Eides und hinsichtlich des Beamteneids Everling, Der preußische Beamteneid S. 60—61.

Digitized by Google

für die Wahrheitserforschung aus, um zu sachlich richtigen Entscheidungen gelangen zu können; die Beschränkung auf diese zugelassenen Beweismittel hat das nie gehindert. Das einzige, was zugegeben werden kann, ist, daß in ganz seltenen Fällen die Entscheidung, wenn der Parteieid statthaft gewesen wäre, nicht anders, d. i. richtiger, aber wohl schneller oder leichter hätte gefällt werden können. Allein um dieser wenigen Fälle willen verlohnt es sich noch nicht, eine solche Rechtseinrichtung einzuführen, welche wie der Parteieid, der vielfach für den Zivilprozeß als ganz veraltet, atavistisch, unerträglich, zu formal und sonst bedenklich oder schädlich angefochten wird [55]), jedenfalls sich nicht ohne eine Fülle von Einzelbestimmungen hierüber und damit zugleich von neuen Zweifels- und Streitfragen schaffen läßt. Man vergleiche über derartige mit dem Parteieid im Zivilprozesse verbundene, trotz der eingehenden und sorgfältigen Fassung der Zivilprozeßordnung nicht zu vermeiden gewesene Fragen die Kommentare zur Zivilprozeßordnung.

Das Vorstehende gilt zunächst, wenn der Parteieid in gleicher Allgemeinheit zugelassen wird wie im Zivilprozesse. Es gilt aber auch noch, wenn Einschränkungen gemacht werden. Dabei würde schon die richtige Ab- und Umgrenzung der Einschränkungen große Schwierigkeiten bereiten. Wie de lege lata insbesondere nicht zwischen den Streitsachen nach Grund, Gegenstand usw. oder nach den Parteien, Privatpersonen oder nicht Privatpersonen, geschieden, einem Ermessen oder dergleichen des Verwaltungsgerichts bestimmender Einfluß eingeräumt, eine Scheidung zwischen dem zugeschobenen und dem auferlegten Eide gemacht und dem Eide seine bindende Wirkung genommen werden darf (siehe oben S. 22 ff., S. 25 und S. 28), ebensowenig lasse sich de lege ferenda entsprechende beschränkende Unterschiede treffen. Vorher müßte zunächst das ganze für alle Streitsachen und alle miteinander Streitenden durchaus gleichmäßig geordnete Verwaltungsstreitverfahren in seinen ersten Grundlagen umgestaltet werden, also z. B. es aufhören, überall ein streng durchgeführtes Parteiverfahren zu sein, der Verwaltungsrichter eine ganz andere Stellung hinsichtlich seiner Rechte und Pflichten und damit auch hinsichtlich seines Ermessens erhalten, in den Grundsätzen über den Beweis eine durchgreifende Änderung eintreten usw. Solange dies nicht geschehen ist, und es wird jeden-

[55]) Siehe oben S. 7 Anm. 17, vgl. auch Wach, Grundfragen und Reform des Zivilprozesses S. 62.

Digitized by Google

falls vorläufig kaum geschehen, läßt sich nicht ermessen, ob und was demnächst hinsichtlich des Parteieids wird neu bestimmt werden können oder müssen. Bis dahin aber ist nur zweierlei möglich: entweder wird der Parteieid in wesentlich gleichem Umfang und in wesentlich gleicher Weise zugelassen, wie die Zivilprozeßordnungen seit jeher und unsere jetzige wieder es getan haben, oder er wird gar nicht zugelassen. Ersteres erscheint ausgeschlossen. Also ist nur das letztere übrig, d. h. es verbleibt lediglich bei dem jetzigen Rechtszustande. Das ist die einzige reinlich scheidende Möglichkeit.

Anlangend besonders noch die Zulassung eines Parteieids ohne bindende Kraft, so ist nicht bekannt, welche Erfahrungen hiermit in dem kleinen Gebiete, für das er, und in der kurzen Zeit, seitdem er in solcher Weise in Geltung ist, gemacht worden sind. Wie diese aber auch sein mögen, immerhin liegt theoretisch ein Unding vor, ein innerer Widerspruch nicht bloß, wie bereits bemerkt worden (siehe oben S. 29), mit dem Wesen und der geschichtlichen Entwicklung, sondern, sobald keine grundsätzliche Pflicht zur Beeidigung eines jeden Zeugen, selbst eines solchen, der als völlig unglaubwürdig angesehen wird, besteht, auch noch hiermit. Und praktisch verhält es sich ebenso. Daß der Zivilprozeßrichter einen Zeugen vereidigen muß, trotzdem er darauf sofort auszusprechen hat und ausspricht, der geleistete Eid sei ein Meineid und werde als ein Meineid behandelt (§ 391 ZPO.), ist ein schwerer Übelstand. Denn es kann leicht so aufgefaßt werden, wird vielfach auch in weiten Kreisen des Volkes so aufgefaßt und oft selbst von dem Zivilprozeßrichter, welcher den Eid, der ein Meineid ist und von vornherein als Meineid erwartet wurde, hat abnehmen müssen, so empfunden, daß in recht bedenklicher Weise das Gericht zu der oder wenigstens bei der Leistung dieses Meineids mitgewirkt habe. In unserem Verwaltungsstreitverfahren ist nun allerdings der Richter vom Gesetzgeber nicht in eine solche üble Lage versetzt worden, indem die Beeidigung der Zeugen stets in sein Ermessen gestellt ist[56]), und ein verständiger Verwaltungsrichter wird niemals einen Zeugen beeidigen, dem er trotz der Beeidigung nicht glauben würde. Es ist ausgeschlossen, daß dieser Rechtszustand geändert wird. Damit aber ist es ganz unvereinbar, wenn die Verwaltungsgerichte einen Parteieid sollen abnehmen müssen, der sie

[56]) von Brauchitsch a. a. O. S. 112; Friedrichs a. a. O. S. 179 Bem. 21.

Digitized by Google

nicht bindet, also unmittelbar darauf von ihnen als Meineid erklärt und behandelt werden kann und gegebenenfalls als Meineid zu erklären und zu behandeln ist. Der zugeschobene Eid aber müßte doch wie der Zeugeneid im Zivilprozeß abgenommen werden, auch wenn von vornherein feststeht, daß ihm kein Glauben geschenkt wird. Die Zuschiebung hängt begrifflich von dem freien Willen der Partei ab, und ebenso begrifflich hat sich der Verwaltungsrichter ohne weiteres und stets diesem Willen zu fügen. Im anderen Falle, d. h. wenn dem Beweisantritte durch Eideszuschiebung wegen Unglaubwürdigkeit der Partei, an welche die Zuschiebung erfolgt ist, nach Ermessen keine Folge gegeben zu werden brauchte, bestände der andere Bruch mit dem allgemeinen und auch in unserem Verwaltungsstreitverfahren[57]) anerkannten Grundsatze, daß die Erhebung eines angetretenen Beweises über eine wesentliche Tatsache nicht abgelehnt werden darf, weil sie erfolglos bleiben werde. Beim auferlegten Eide kommt natürlich das letztere nicht in Betracht. Von diesem Eide ist in dem Falle keine Rede mehr, daß bereits über die Richtigkeit oder die Unrichtigkeit der betreffenden Tatsache eine Überzeugung gewonnen war, sondern nur dann, wenn es hieran noch fehlt und die Überzeugung erst durch die Leistung oder Nichtleistung eines auferlegten Eides gewonnen werden kann und werden soll. Jedoch auch hier bleibt, sobald der Grundsatz der freien richterlichen Überzeugung dem Parteieide gegenüber keine Ausnahme erleidet, also der Parteieid nicht bindet, stets die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit, daß der auferlegte und geleistete Eid sofort hinterher als Meineid behandelt wird und damit der Verwaltungsrichter in der vorhin bezeichneten Weise bei einem Meineide mitgewirkt hat. Ferner besteht noch die Gefahr, daß später im Strafverfahren auf Grund der vorgenommenen und allein im Strafverfahren ausführbaren erschöpfenden Untersuchung anders als im Verwaltungsstreitverfahren bei der zur Erlangung einer Überzeugung vorzunehmenden und vorgenommenen Prüfung der Eid für keinen Meineid erklärt wird. Auch in diese Lage darf der Verwaltungsrichter nicht versetzt werden, nachdem man ihn dem Zeugenbeweise gegenüber hiervor bewahrt hat. Die Möglichkeit widersprechender Annahmen in der einen Art und in einer anderen Art von Prozeßverfahren muß man ausschließen, solange sie irgend zu verhindern ist. Zu verhindern aber ist sie beim Parteieide, sobald diesem seine bin-

[57]) von Brauchitsch a. a. O. S. 115 Bem. 137 a; Friedrichs a. a. O. S. 176 Bem. 9.

Digitized by Google

bende Eigenschaft belassen wird und man es vorzieht, statt hieran zu rütteln, für das Verwaltungsstreitverfahren vom Parteieid, insbesondere auch vom auferlegten Eide, der ebenfalls dafür bisher entbehrlich gewesen ist, ganz abzusehen.

Dieses so de lege ferenda gewonnene Ergebnis bestätigt, wie es eine Unterstützung in den de lege lata gemachten Ausführungen gefunden hat, umgekehrt auch die letzteren.

XII.

Daß es sich nicht empfiehlt, den Parteieid über seinen bisher zugelassenen Umfang hinaus auszudehnen, spricht einerseits noch nicht dagegen, es wenigstens bei diesem kleinen Umfang, also bei dem Offenbarungseide, soweit er jetzt zulässig ist (siehe oben S. 16), zu belassen, andererseits dafür, nicht nur den Ablehnungseid und den Schätzungseid, sondern auch den Vorlegungseid nicht einzuführen und den Offenbarungseid nicht weiter auszudehnen.

In gleicher Weise verhält es sich dann noch mit der Versicherung an Eidesstatt seitens einer Partei. Ihrer Ausdehnung steht außerdem ihr besonderes Wesen entgegen. Sie soll einerseits teilweise ein Ersatz für den Parteieid sein und andererseits nicht zu einem vollen Beweise, sondern bloß zu einem geringeren Grade von Wahrscheinlichkeit führen, nämlich nur zu einer Glaubhaftmachung dienen. Solange es aber keinen Parteieid gibt, kann kein Ersatz des Parteieids in Frage kommen (vgl. oben S. 30). Das Bedürfnis zu einer bloßen Glaubhaftmachung ferner ist an sich eng begrenzt, und es lassen sich keine weiteren Fälle in unserem Verwaltungsstreitverfahren finden, in welchen vom Standpunkte des Verfahrens aus noch ein Bedürfnis zur Zulassung einer eidesstattlichen Versicherung anzuerkennen wäre. Das gilt namentlich von dem Falle der §§ 104 Abs. 2 und 294 ZPO., wonach es bei der Kostenfestsetzung zur Berücksichtigung eines Ansatzes genügt, daß dieser glaubhaft gemacht ist, und als Mittel der Glaubhaftmachung die eidesstattliche Versicherung zugelassen ist[58]). In unserem Verwaltungsstreitverfahren haben wir keine entsprechende Vorschrift, sondern es entscheidet die freie Überzeugung des Richters, nicht das bloße Glauben des Gerichtsschreibers, und zu jener Überzeugung kann jetzt bereits eine Versicherung an Eidesstatt führen (siehe oben S. 18, 19). Erst

[58]) Vgl. Kann a. a. O. S. 344 Bem. 2.

Digitized by Google

wenn eine Änderung der Gesetzgebung über die Kostenfestsetzung stattfände, würde zu erwägen sein, ob und was in deren Rahmen etwa Neues über die Versicherung an Eidesstatt zu bestimmen sein möchte.

Ein großes Gebiet für die Glaubhaftmachung und damit für die Versicherung an Eidesstatt bilden im Zivilprozesse der Arrest und die einstweilige Verfügung. Weder den einen noch die andere kennt, von geringen Ausnahmen abgesehen, unser Verwaltungsstreitverfahren[59]), und ob und wie hieran geändert werden wird (vgl. oben S. 15), ist noch ungewiß. Damit erledigt sich für sie ebenfalls die Frage wegen Ausdehnung der Versicherung an Eidesstatt vorläufig; eine solche Änderung und ihre Art bilden die Vorfrage für eine jede weitere Zulassung der Versicherung an Eidesstatt.

Was vorhin von der Versicherung an Eidesstatt gesagt worden ist, daß sie zum Teil ein Ersatz für den Parteieid sein soll, gilt nach dem schon Bemerkten (siehe oben S. 30) im vollen Umfange für die Vernehmung der Parteien mit der Möglichkeit, die eine oder die andere zu vereidigen. Wie durch das Nichtvorhandensein des zu Ersetzenden das Vorhandensein des Ersatzes ausgeschlossen wird (oben S. 30), so fällt schon damit, daß eine Einführung des zu Ersetzenden nicht befürwortet werden kann, auch die Einführung des etwaigen Ersatzes. Hierzu kommt noch, daß sonst unser Verwaltungsstreitverfahren das erste von allen prozessualen Verfahren in ganz Deutschland wäre, welches die Parteivernehmung aufnehmen würde. In solcher Weise gerade unser Verwaltungsstreitverfahren zu einem Versuche zu benutzen, erscheint sehr bedenklich, und um mehr als einen Versuch handelt es sich nicht. Denn wenngleich die Parteivernehmung begrifflich viel für sich hat, als richtig anerkannt ist sie keineswegs allgemein. Und wäre selbst das letztere der Fall, so ist auch das noch nicht entscheidend; es kommt auf die praktische Bewährung an. Über diese Bewährung im englischen und im nordamerikanischen Rechte sind wir wenig unterrichtet, jedenfalls aber sind beide Rechte von dem unsrigen so verschieden, daß es noch immer zweifelhaft bleibt, ob eine Prozeßeinrichtung, die sich in ihnen bewährt hat, sich bei uns und insonderheit in unserem Verwaltungsstreitverfahren ebenfalls bewähren wird. Das österreichische Recht liegt uns näher, und es soll sich dafür die Parteivernehmung bewährt haben. Auch

[59]) Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 3 S. 233 ff.; Verwaltungsarchiv Bd. 7 S. 294—297.

Digitized by Google

das steht jedoch keineswegs fest[60]). Man wird sich daher damit begnügen müssen, zunächst abzuwarten, ob unsere Zivilprozeßordnung, an die sich freilich bis jetzt das Landesverwaltungsgesetz zu eng angeschlossen hat, die aber bei jeder zukünftigen Besserung immer, wie sonst, so auch hinsichtlich der Parteivernehmung das nächstliegende und bedeutungsvollste Vorbild sein wird und bleiben muß, sich zur Einführung der Parteivernehmung entschließt, und welche Erfahrungen damit werden gesammelt werden. Dann, jedoch erst dann, wird zu ermessen sein, ob dem etwa zu folgen ist, und zwar sowohl, wenn zugleich der Parteieid eingeführt werden sollte, noch außer ihm, und in welcher Weise sie nebeneinander bestehen können und sollen, als, wenn es bei der Unzulässigkeit des Parteieids bewendet, ohne ihn und für sich allein.

XIII.

In vergangenen Zeiten ist für den Strafprozeß regelmäßig der Angeklagte für verpflichtet zu wahrheitsmäßiger Aussage erklärt und dazu durch sog. Lügenstrafen, besonders körperliche Züchtigung, angehalten[61]) sowie für den Zivilprozeß öfter den Parteien eine Pflicht zur Wahrheit in der Weise, daß das bewußte Lügen unter Strafe gestellt war, auferlegt worden[62]). Von dem ersteren ist keine Rede mehr. Anlangend das letztere, so enthält unsere Zivilprozeßordnung kein ausdrückliches, strafrechtlich zu ahndendes Verbot des Lügens und wird über das Bestehen einer Wahrheitspflicht der Partei oder ihres Anwalts gestritten, indem aufgestellt worden ist, daß sie aus allgemeinen Erwägungen, dem Wesen des Zivilprozesses, der Stellung des Anwalts usw. folge, oder wird wenigstens die Einführung eines Lügenverbots befürwortet[63]).

Das Landesverwaltungsgesetz hat weder eine Lügenstrafe noch ein Lügenverbot noch eine Wahrheitspflicht ausgesprochen, und es ist keines von ihnen jemals für unser Verwaltungsstreitverfahren angenommen worden[64]). Es läßt sich auch in der Tat nicht an-

---

[60]) Hellwig a. a. O. S. 722 Anm. 30 und Wach a. a. O. S. 61.

[61]) Rosenfeld a. a. O. S. 18

[62]) Z. B. Einleitung §§ 13, 14, Tit. 1 § 39 und Tit. 23 §§ 51 ff. Teil 1 der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten.

[63]) Vgl. etwa Hellwig a. a. O. S. 402, 403 und seitdem noch Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 17 S. 988 und Jahrg. 18 S. 1009, 1180, auf der anderen Seite Wach a. a. O. S. 31—44.

[64]) Vgl. Friedrichs a. a. O. S. 109 Bem. 6 unten.

Digitized by Google

nehmen [65]). Die für und gegen ein Lügenverbot im Zivilprozesse geltend gemachten allgemeinen Gründe treffen für den Verwaltungsprozeß nicht ohne weiteres zu. Ob insbesondere die Wahrheitspflicht mit der Verhandlungsmaxime und mit der Beweislast verträglich oder unverträglich ist [66]), erledigt sich dadurch, daß nicht jene Maxime, sondern die Untersuchungsmaxime für unser Verwaltungsstreitverfahren gilt (siehe oben S. 22), und daß es darin auch grundsätzlich keine Beweislast der Parteien gibt [67]). Auf der anderen Seite ist aber, wie aus der Untersuchungsmaxime und dem Mangel einer Beweislast der Parteien eine Wahrheitspflicht nicht folgt, sie auch hiermit sicher nicht unverträglich. Es bleibt daher noch die Frage, ob nicht bei der Untersuchungsmaxime und dem Mangel einer Beweislast und ferner bei dem Fehlen des Parteieids und der Parteivernehmung das Lügenverbot ein Bedürfnis ist. Diese Frage ist für unser Verwaltungsstreitverfahren zu bejahen, wennschon man bisher ohne das Verbot ausgekommen ist [68]), und gleichviel, wie die Frage für den Zivilprozeß zu beantworten sein mag.

Vom Standpunkte der Untersuchungsmaxime aus kann freilich nicht verlangt werden, daß die Partei dem Verwaltungsrichter für die ihm obliegende Erforschung der Wahrheit, d. i. dessen, was im menschlichen Leben überwiegend bei möglichst erschöpfender und sorgfältiger Benutzung der vorhandenen Mittel der Erkenntnis als Wahrheit genommen werden muß und genommen wird [69]), bestimmte Hilfe leistet. Sie darf sich vollständig untätig verhalten. Wohl aber kann und muß von ihr gefordert werden, daß sie dem Verwaltungsrichter die Erfüllung seiner Aufgabe, die wegen jener Maxime bereits recht schwer und schwerer als bei der Verhandlungsmaxime ist, keine Schwierigkeiten, die nicht durch die Sache selbst bedingt werden, bereitet, somit nicht durch Lügen zu verhindern sucht, daß die Wahrheit ermittelt wird. Die Gründe dafür, daß im Strafprozeß es dem Beschuldigten erlaubt ist und erlaubt sein muß

[65]) Siehe meine wiederholt angezogene Schrift S. 40.

[66]) Hellwig a. a. O. S. 403 Anm. 24.

[67]) Meine Abhandlung: Zur Einziehung öffentlicher Wege im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 196 und z. B. noch Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 1137.

[68]) Daß dies in keinem Widerspruche zu den Ausführungen oben S. 32 ff. steht — wegen der Verschiedenheit der Verhältnisse —, bedarf nur der Erwähnung.

[69]) Mein Aufsatz: Zur freien Überzeugung in der Deutschen Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 541 und Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 198.

Digitized by Google

zu lügen (siehe oben S. 38), obschon er nicht mehr wie früher bloßes Prozeßobjekt, sondern Subjekt des Prozesses, Prozeßpartei, ist (siehe oben S. 5), sind der besonderen Natur des Strafprozesses zu entnehmen. Für das Verwaltungsstreitverfahren passen sie in keiner Weise und stehen einem Verbote des Lügens in ihm nicht entgegen. Für ein solches spricht hier aber, daß nicht wie bei der Verhandlungsmaxime der Gegner und höchstens nur mittelbar der Richter, sondern unmittelbar und in erster Linie der Verwaltungsrichter belogen wird. Sollte es wirklich dem Lügen im Zivilprozesse zur Entschuldigung gereichen oder gar eine Berechtigung zu ihm geben, daß wegen des Anwaltszwanges oder der tatsächlichen umfangreichen Benutzung von Anwälten nicht die Partei selbst lügt, sondern vielfach den Anwalt für sich lügen läßt, oder sollte auf der anderen Seite diese Mitwirkung eines Anwalts für geeignet gehalten werden, das Lügen so sehr auszuschließen oder doch zu erschweren, daß es keines Verbots mehr bedürfe, so erledigt sich das alles sofort für das Verwaltungsstreitverfahren damit, daß darin die Vertretung der Parteien durch Anwälte und die Benutzung solcher durch die Parteien eine verhältnismäßig geringe Ausnahme bilden und auch künftig bilden werden. Für dieses trifft ferner das nicht zu, daß die Parteien öfter zu einem Hinausgehen über die Wahrheit und zu einer Lüge veranlaßt werden, weil sie bei dem Gericht eine vorherige Ermittlung und Erforschung der Tatsache, die für den Rechtsstreit wesentlich ist, und die sie nicht oder nicht genau wissen, nicht beantragen können. Das mag nach der Verhandlungsmaxime des Zivilprozesses gelten. Es gilt aber wieder nicht für den Verwaltungsprozeß und dessen Untersuchungsmaxime. In jenem und nach dieser vermögen die Parteien in ausreichender Weise das Lügen schon zu vermeiden, wenn sie auf die Wichtigkeit der Tatsache hinweisen und den Verwaltungsrichter dadurch nötigen, gemäß seines Rechtes und seiner Pflicht, die er nach der Untersuchungsmaxime hat, festzustellen, ob und was von der zweifelhaften Tatsache richtig ist. Ebensowenig kann gegen ein Lügenverbot das eingewendet werden, was vorhin (siehe oben S. 37) dafür geltend gemacht worden ist, mit der Parteivernehmung nicht einen ersten Versuch im Verwaltungsstreitverfahren vorzunehmen. Denn bei dem Lügenverbote handelt es sich nicht um etwas begrifflich Zweifelhaftes, von dem ungewiß sei, ob und wie es sich praktisch bewähren werde. Vielmehr ist es, weil jedes Lügen etwas Unerlaubtes ist, zweifellos an sich richtig, und daß es sich in der Anwendung be-

Digitized by Google

währen wird, ist nicht minder zweifelsfrei. Was allein unsicher ist, ist nicht, daß es sich überhaupt bewähren wird, sondern nur, in welchem Umfang es sich bewähren wird. In dieser Beziehung dürfen freilich die Wirkung eines gesetzlichen Lügenverbots und die Strafbarkeit des Lügens nicht überschätzt werden, wie an sich nicht, so nicht für das Verwaltungsstreitverfahren. Auch nach ihnen wird gelogen werden, und es wird oft nicht möglich sein, nachzuweisen, daß gelogen worden ist, und es zu bestrafen. Immerhin ist die Unzulässigkeit des Lügens zu dem stärksten, auf dem Gebiete des Rechtes möglichen Ausdrucke gebracht worden, und mancheiner wird sich wegen der Gefahr, bestraft zu werden, des Lügens enthalten, zumal wenn der Anwalt, den er etwa hat, ihn noch ausdrücklich darauf hinweist, was als selbstverständlich von dem Anwalt in der Regel erwartet werden darf. Unterbleibt das Lügen auch nur in einem Teile der Fälle, in welchen sonst gelogen worden wäre, so ist dies schon ein Gewinn, der ein Verbot mit Strafandrohung rechtfertigt und seinen Erlaß verlohnt.

Dies gilt, obwohl ohne weiteres zuzugeben ist, daß die Schwierigkeiten, den Tatbestand des unzulässigen und strafbaren Lügens zu bestimmen, wie für den Zivilprozeß so auch für den Verwaltungsprozeß bestehen und groß sind. Indessen sie lassen sich überwinden. Wird aber wenigstens das allerschlimmste Lügen getroffen — was gar nicht so schwer ist —, so wird schon Gutes erreicht.

Ein Lügenverbot verringert außerdem in erwünschter Weise das vereinzelte Bedürfnis, welches für den Parteieid besteht, jedoch zu gering ist, als daß um seinetwillen der Parteieid einzuführen wäre (siehe oben S. 33).

Für das Verbot fällt endlich noch wesentlich ins Gewicht, daß es zugleich ein Gebot der Religion und der Moral ist. Danach soll jeder die Wahrheit sogar dann sagen, wenn es ihm auch nachteilig ist. So weit geht das gesetzliche Lügenverbot jedoch nicht einmal. Das allein geforderte Nichtlügen bedeutet noch nicht ein Wahrheitsagen, sondern nur ein stillschweigendes oder auf eine ausdrückliche Frage die Antwort ablehnendes Verhalten. Weshalb das Lügen etwa gerade im Verwaltungsstreitverfahren weniger als das Lügen anderswo gegen Religion und Moral verstoßen sollte, ist nicht einzusehen. Daß auch im Verwaltungsstreitverfahren keine über ein Nichtsagen oder ein Bestreiten hinausgehende Pflicht zum Wahrheitsagen beansprucht werden soll und beansprucht wird, ist außer Frage, sei indessen noch besonders betont.

Digitized by Google

II.

Über das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Anlagen.[1]

Von Herrn Oberlandeskulturgerichtsrat Holzapfel in Berlin.

I. Wege und Gräben.

Die Wege und Gräben, die bei einem Auseinandersetzungsverfahren (Gemeinheitsteilung, Zusammenlegung) ausgewiesen werden, stehen in engster wirtschaftlicher Beziehung zu den Landabfindungen. Die Wege haben die Bestimmung, die Abfindungsländereien zugänglich zu machen, die Gräben, sie zu entwässern oder zu bewässern. Beide können daneben auch eine landwirtschaftliche Nutzung gewähren; die Wege können mit Obstbäumen bepflanzt, die Böschungen der Wege und Gräben berast sein. Aber die Obst- und Grasnutzung ist durchaus nebensächlicher Natur und wird immer nur unbeschadet der Hauptbestimmung der

[1]) Literatur: Kluckhuhn, Das Recht der Wirtschaftswege und sonstigen Zweckgrundstücke usw. — Holzapfel, Das Privatrecht im Preußischen Auseinandersetzungsverfahren (Privatrecht). — Derselbe, Das Grundbuchrecht im Verkehre zwischen Auseinandersetzungsbehörden und Grundbuchämtern (Grundbuchrecht). — Derselbe, Das Wesen des Auseinandersetzungsrezesses im Verwaltungsarchive Bd. 16 S. 1 ff. (Auseinandersetzungsrezeß). — Derselbe, Neues Konsolidationsbuch, 2. Auflage. — Derselbe, Das Gesetz vom 2. April 1887. — Peltzer, Die Begründung von Rentengütern usw. — Stöckel, Grundbuchberichtigungen nach Ersuchen der Auseinandersetzungsbehörden. — Güthe, Die Grundbuchordnung, 3. Auflage. — Turnau & Förster, Das Liegenschaftsrecht, 3. Auflage. — Meyn, Agrarrechtliche Auseinandersetzungen, in Band II des vorgenannten Werkes unter Ergänzungen III. — Predari, Grundbuchordnung,

Digitized by Google

Anlagen ausgeübt. Wege und Gräben sind in der Hauptsache dazu da, den Abfindungsländereien zu dienen, deren Bewirtschaftung zu fördern oder gar erst zu ermöglichen. Kluckhuhn hat derartige Grundstücke „Zweckgrundstücke („landwirtschaftliche Zweckgrundstücke") genannt[2]) und damit ihre wirtschaftliche Bedeutung passend gekennzeichnet.

Die Rechtsverhältnisse an den Wegen und Gräben regelt der Auseinandersetzungsrezeß. Soweit der Rezeß keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, muß er nach dem sonst ermittelten oder zu vermutenden Willen der Auseinandersetzungsteilnehmer ergänzt werden. Denn der Auseinandersetzungsrezeß ist, was man mit Unrecht geleugnet hat, ein Vertrag[3]). Daher darf auch bei seiner Auslegung nicht am Buchstaben gehaftet werden, und er ist so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern (§§ 133, 157 BGB.). Diesen Standpunkt vertritt auch das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 31. Oktober 1904[4]), indem es die Frage aufwirft, welches Rechtsverhältnis die Beteiligten bei Ausweisung der gemeinschaftlichen Anlagen beabsichtigt haben. Von Wichtigkeit sind ferner die wirtschaftlichen Verhältnisse, die zur Zeit der Errichtung des Rezesses bestanden haben, und in die die Auseinandersetzung umgestaltend eingegriffen hat. Aus ihnen werden sich wertvolle Anhaltspunkte bei der Erforschung des Willens der Beteiligten ergeben. In letzter Linie ist das Gesetz selbst heranzuziehen, das nicht nur Gegenstand und Ziel der Auseinandersetzung bestimmt, sondern auch darüber entscheidet, inwieweit die im Rezesse getroffenen Bestimmungen gültig und wirksam sind.

---

2. Auflage. — Oberneck, Reichsgrundbuchrecht. — Förster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 4. Auflage. — Gierke, Deutsches Privatrecht (Privatrecht). — Derselbe, Vereine ohne Rechtsfähigkeit, 2. Auflage — Spieß im Zentralblatte für freiwillige Gerichtsbarkeit Bd. 3. — Kohler im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 40. — Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse, 3. Auflage. —

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGEntsch.). — Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts (OVGEntsch.). — Zeitschrift für die Landeskulturgesetzgebung der Preußischen Staaten (Ztschr.). — Jahrbuch des Kammergerichts (KGJ.). —

[2]) Kluckhuhn S. 3 u. a.

[3]) Holzapfel, Auseinandersetzungsrezeß S. 1 ff.

[4]) KGJ. Bd. 29 S. A 129.

Digitized by Google

Das Eigentum an den Wegen und Gräben kann einem Einzelnen, z. B. der politischen Gemeinde, überwiesen sein[5]). Dieser Fall bleibt hier außer Betracht. Ist im Auseinandersetzungsrezesse nichts anderes bestimmt, so ist anzunehmen, daß das Eigentum den Beteiligten vorbehalten wird. Es ergeben sich dann zwei Möglichkeiten. Entweder ist das Eigentum der Auseinandersetzungsteilnehmer schlichtes Miteigentum nach Bruchteilen (§ 1008 BGB.), oder es ist Eigentum zur gesamten Hand. Bevor jedoch auf die Frage eingegangen wird, welche dieser beiden Auffassungen zutrifft, muß eine Eigenschaft des Eigentums ins Auge gefaßt werden, die für die Beurteilung seiner rechtlichen Natur von größter Bedeutung ist. Diese Eigenschaft ist ihre Grundgebundenheit (ihr subjektiv dinglicher Charakter): den einzelnen Auseinandersetzungsteilnehmern stehen die Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Wegen und Gräben nicht für ihre Person zu, sondern sie stehen ihnen zu in ihrer Eigenschaft als Eigentümer bestimmter anderer Grundstücke, nämlich der Abfindungsländereien.

II. Grundgebundenheit der Anteilsrechte.

Früher wurden die Anteilsrechte an den Wegen und Gräben, wie überhaupt an den gemeinschaftlichen Anlagen, die durch ein Auseinandersetzungsverfahren geschaffen waren, als Zubehör der Abfindungsländereien behandelt[6]). Man ging davon aus, daß die Anteile Miteigentumsanteile seien, und das Kammergericht folgerte aus ihrer Zubehöreigenschaft, daß sie nach § 5 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 den Abfindungsgrundstücken als Zubehör zuzuschreiben seien. Daneben durfte dann für die gemeinschaftlichen Anlagen als Ganzes nicht nochmals ein Grundbuchblatt angelegt werden[7]). Jetzt können die Anteile nicht mehr Zubehör sein, da der Zubehörbegriff des § 97 BGB. auf sie nicht paßt. Dagegen will Kluckhuhn auf sie den Bestandteilbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwenden, und er bezeichnet sie sogar als wesentliche Bestandteile der Landabfindungen im Sinne des § 93 BGB.[8]) Aber auch dies ist nicht angängig. Ein Miteigentumsanteil

[5]) Holzapfel, Grundbuchrecht S. 137 f.; KG. vom 5. Juni 1913 (KGJ. Bd. 45 S. A 215).

[6]) Literaturnachweis bei Holzapfel, Grundbuchrecht S. 141.

[7]) KG. vom 18. November 1895 und 9. November 1896 (Ztschr. Bd. 34 S. 403; KGJ. Bd. 16 Nr. 16).

[8]) Kluckhuhn S. 135.

Digitized by Google

oder ein sonstiges Recht kann vielleicht nach § 96 BGB. als Bestandteil eines Grundstücks „gelten", der Anteil kann aber niemals eigentlicher Bestandteil eines Grundstücks sein. Auch das Oberlandeskulturgericht bezeichnet die Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Wegen nur im Sinne des § 96 a. a. O. als Bestandteile der Landabfindungen[9]). Es ist daher auch nicht zulässig, die Anteile auf den Grundbuchblättern der Landabfindungen gemäß § 890 Abs. 2 BGB. als Bestandteile zuzuschreiben[10]), ein Verfahren, das übrigens auch Kluckhuhn verwirft[11]). Ja, man wird sogar annehmen müssen, daß die vor 1900 vorgenommene Zuschreibung der Anteilsrechte als Zubehör der Abfindungsgrundstücke sich jetzt nicht mehr aufrecht erhalten läßt. Denn nach der zwingenden Vorschrift des § 3 GBO. müssen die gemeinschaftlichen Anlagen jetzt ein eigenes Blatt im Grundbuch erhalten, und damit ist es unvereinbar, daß sie gleichzeitig, in Miteigentumsanteile zerlegt, auf den Blättern der Landabfindungen gebucht sind. Es wäre dies eine unzulässige Doppelbuchung, und es ist daher Güthe beizupflichten, wenn er sagt, bei der Anlegung eigener Grundbuchblätter für die gemeinschaftlichen Anlagen müßten die auf den Blättern der Landabfindungen zugeschriebenen Anteilsrechte abgeschrieben werden[12]). Eine andere Frage ist es, ob die Anteilsrechte im Sinne des § 8 GBO. auf den Blättern der Landabfindungen „vermerkt" werden können. Auf diese Frage kann erst später eingegangen werden.

Die Verknüpfung der Anteilsrechte an den Wegen und Gräben mit den Landabfindungen ist somit nur in der Weise denkbar, daß die Anteile den jeweiligen Eigentümern der Landabfindungen zustehen[13]). Daran knüpft sich jedoch sogleich die weitere Frage, ob eine solche Verbindung des Anteilsrechts mit dem Eigentum an einem Grundstück zulässig ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt die Verknüpfung eines Rechtes mit dem Eigentum an einem Grundstücke nur in bestimmten, genau

---

[9]) OLKG. vom 20. November 1903 (Ztschr. Bd. 35 S. 239).

[10]) KG. vom 16. Mai 1904 (KGJ. Bd. 28 S. 68); Güthe Bd. 1 S. 106, Bd. 2 S. 1356 und die Anführungen daselbst.

[11]) Kluckhuhn S. 160 f.

[12]) Güthe Bd. 2 S. 1356.

[13]) So auch Förster-Eccius Bd. 3 S. 334; Güthe Bd. 2 S. 1356; Holzapfel, Grundbuchrecht S. 142 f.; KG. vom 10. Dezember 1913 (KGJ. Bd. 45 S. A 213 f.).

Digitized by Google

bezeichneten Fällen [14]). Wo die Verknüpfung nicht ausdrücklich zugelassen ist, da ist sie unstatthaft, z. B. im Falle einer Rentenschuld im Sinne des § 1199 BGB.[15]) Für die Anteile am Miteigentume hat das Bürgerliche Gesetzbuch sie nicht zugelassen. Gleichwohl könnten die Anteile an dem Miteigentume, das an den Wegen und Gräben besteht, mit dem Eigentum an den Landabfindungen verknüpft werden, wenn man sich hierfür auf eine reichsgesetzlich vorbehaltene Vorschrift der Landesgesetzgebung berufen könnte. Dies folgt aus Art. 113 EGBGB., wonach unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das Auseinandersetzungsverfahren, insbesondere die „Vorschriften, welche die durch ein Verfahren dieser Art begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Gegenstande haben, oder welche sich auf den Erwerb des Eigentums, auf die Begründung, Änderung und Aufhebung von anderen Rechten an Grundstücken und auf die Berichtigung des Grundbuchs beziehen". Es kommt deshalb darauf an, ob die Grundgebundenheit der Anteilsrechte in den Vorschriften der preußischen Auseinandersetzungsgesetzgebung eine Stütze findet.

Im § 95 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 ist bestimmt, daß jedem Teilnehmer „zu seinen Grundstücken die erforderlichen Wege und Triften verschafft werden" müssen. Dasselbe bestimmt § 97 a. a. O. „in Rücksicht der Entwässerungsgräben, ohne welche der Boden den Ertrag, zu welchem er abgeschätzt worden, nicht gewähren kann, und in Rücksicht der Grenzgräben". Ähnliche Bestimmungen enthalten § 16 Abs. 2 GemTeilOrdn. für die Rheinprovinz und Neuvorpommern vom 19. Mai 1851 und die ihm fast wörtlich nachgebildeten Vorschriften der übrigen neueren Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen und Zusammenlegungsgesetze [16]), nur daß diese von Gräben schlechthin sprechen, womit nicht nur Entwässerungs- und Grenz-, sondern auch Bewässerungsgräben bezeichnet sind. Auf das enge wirtschaftliche Verhältnis, in dem die

---

[14]) Vgl. §§ 1018 (Grunddienstbarkeit), 1094 (Vorkaufsrecht), 1105 (Reallast); Art. 29 § 1 AGBGB. (Wiederkaufsrecht bei Rentengütern.

[15]) OLG. Hamburg vom 12. August 1904 (KGJ. Bd. 28 S. 322).

[16]) § 20 GTO. vom 13. Mai 1867 (Kassel); § 16 GTO. vom 5. April 1869 (Wiesbaden); § 20 GTO. vom 17. August 1876 (Schleswig-Holstein); § 26 GTO. vom 23. Mai 1885 (Hohenzollern); § 8 ZusGes. vom 24. Mai 1885 (Rhein. Rechtsgebiet).

Digitized by Google

Wege und Gräben zu den Abfindungsländereien stehen, ist schon oben hingewiesen. Aber es ist auch eine sich von selbst ergebende Forderung, daß dieses tatsächliche Verhältnis seinen Ausdruck in einem entsprechenden Rechtsverhältnisse finde. Man darf behaupten, daß nicht nur der Wille der Auseinandersetzungsteilnehmer, sondern auch die Absicht des Gesetzes dahin geht, die Wege und Gräben dauernd in den Stand zu setzen, ihre Aufgabe zu erfüllen. Dies können sie aber nur, wenn sie auch rechtlich zu den Grundstücken, denen sie dienen, in gefestigten Beziehungen stehen, wenn also das Eigentum an ihnen mit dem Eigentum an den Landabfindungen verknüpft ist. Noch ausgesprochener tritt diese Auffassung in den Vorschriften hervor, welche die Unterhaltung der Wege und Gräben regeln. Nach § 96 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 sind die Kosten der Unterhaltung von den Auseinandersetzungsteilnehmern nach Verhältnis ihres Teilnehmungsrechts aufzubringen. Dasselbe bestimmen § 16 Abs. 4 GemTeilOrdn. vom 19. Mai 1851 und seine Nachbildungen. Es sind dies die Vorschriften, an die § 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 2. April 1887 anknüpft. Faßt man den letzten Satz dieses § 6 Abs. 3 ins Auge: „*Nach demselben Verhältnis ist der auf eine zerstückelte Landabfindung fallende Beitrag von den Besitzern der Trennstücke aufzubringen*“: so wird man in der Vorschrift die ausdrückliche Bestimmung finden müssen, daß die Unterhaltungslast auf den Landabfindungen ruht. Die Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen bestimmen dies zwar nicht ausdrücklich; aber es ist offenbar ihr Sinn. Denn ihre Absicht ist doch, die Unterhaltung der Wege und Gräben für die Dauer sicherzustellen, und diese Absicht kann nicht erreicht werden, wenn die Unterhaltungslast den zufällig bei der Auseinandersetzung beteiligten Personen als rein persönliche Verpflichtung auferlegt wird. Unterhaltungspflicht und Anteilsrecht aber stehen im engsten Zusammenhange miteinander. Wohl kann das *Beitragsverhältnis* ziffernmäßig anders bestimmt sein, wie das Anteilsverhältnis der Teilnahmerechte[17]). Indessen auch in diesem Falle ist mit der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887[18]) davon auszugehen, daß die Verpflichtung als solche bedingt wird durch die Teilnahme am Rechte. Trifft dies aber zu, so ergibt sich der Schluß, daß ebenso wie die Unterhaltungs-

[17]) Ztschr. Bd. 35 S. 85; OVGEntsch. Bd. 58 S. 85. Vgl. auch § 6 Abs. 4 Ges. vom 2. April 1887.

[18]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 21.

Digitized by Google

pflicht auch das Anteilsrecht mit dem Eigentum an den Abfindungsländereien verbunden ist.

Es kann hiernach nicht wundernehmen, wenn in der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887 [19]) S. 8 gesagt ist: „Das Anteilsrecht jedes Beteiligten an den gemeinschaftlichen Gegenständen bildet ein Zubehör seiner Hauptabfindung", und wenn hieraus in dem Gesetze selbst die Folgerungen gezogen werden. Auf § 6 Abs. 3 ist schon hingewiesen. Besondere Hervorhebung verdient aber noch § 5, wo es heißt: bei der Verteilung der Entschädigung, die für eine veräußerte (gemeinschaftliche) Anlage aufgekommen ist, habe die Auseinandersetzungsbehörde „die im Interesse der eingetragenen Gläubiger und sonstigen Realberechtigten erforderliche Verwendung" zu regulieren. Wie eine besondere Bemerkung in der Begründung des Gesetzentwurfes (S. 25) ergibt, handelt es sich hier um die dinglichen Rechte, die auf den Landabfindungen haften, sich aber vermöge der „Zubehöreigenschaft" der Anteilsrechte auf diese miterstrecken. Man darf aber noch weiter gehen und behaupten, daß das Gesetz vom 2. April 1887 im ganzen die Grundgebundenheit der Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Anlagen zur Voraussetzung hat, ja, daß das Gesetz ohne sie seinen Zweck verfehlen würde. Denn alle jene Bestimmungen, welche die Zuziehung oder Mitwirkung der Beteiligten vorschreiben oder zulassen, z. B. die Bestimmungen über Einspruch (§ 3 Abs. 3, 4; § 4 Abs. 3) und Beschwerde (§ 10), über Beachtung der Interessen der Beteiligten (§ 4 Abs. 3; § 5 Abs. 2; § 9 Abs. 2), über Verteilung der Geldentschädigung im Falle einer Substanzverfügung (§ 5), über Kosteneinziehung (§ 12) würden lahmgelegt, teilweise sogar sinnlos sein, wenn als anteilsberechtigt die ursprünglichen Auseinandersetzungsteilnehmer für ihre Person, nach ihrem Tode also ihre allgemeinen Rechtsnachfolger, in Betracht kämen. Namentlich wäre es kaum möglich oder doch mit den größten Schwierigkeiten verbunden und äußerst kostspielig, diese Personen ausfindig zu machen und ihre Berechtigung festzustellen. Anders, wenn das Anteilsrecht mit dem Eigentum an bestimmten, aus dem Rezesse zu ersehenden Grundstücken verknüpft ist. Schwierigkeiten bei der Feststellung der Berechtigten können freilich auch hier vorkommen, besonders im Falle der Zerstückelung eines berechtigten Grundstücks.

[19]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 Nr. 5.

Digitized by Google

Aber sie haben niemals die Bedeutung, daß sie dem Gesetze seine Aufgabe bis zur Unwirksamkeit erschweren könnten.

Das Gesetz vom 2. April 1887 bestimmt allerdings nicht selbst, wie die Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Anlagen zu gestalten seien. Es kommt immer erst zur Anwendung, nachdem die gemeinschaftlichen Anlagen in ihrer besonderen rechtlichen Ausgestaltung vorher im Auseinandersetzungsverfahren begründet worden sind. Mit Rücksicht hierauf könnte man es vielleicht bedenklich finden, die Anteilsrechte nur auf Grund dieses Gesetzes zu beurteilen. Allein es handelt sich hier, wie oben dargelegt wurde, um eine Auffassung, die, wenn auch vielleicht weniger bestimmt, schon in den Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen Anerkennung gefunden hat. Durch die Vorschriften des Gesetzes vom 2. April 1887 wird also in deutlicher Weise nur bestätigt, was die für die Gestaltung der Anteilsrechte unmittelbar maßgebenden Gesetze schon vorher bestimmt hatten. Man wird nicht leugnen können, daß dadurch die Auslegung, die diesen Gesetzen oben gegeben ist, an innerer Sicherheit gewinnt. Ob man entstehenden Falles nicht sogar annehmen müßte, daß das Gesetz vom 2. April 1887 die Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen mit Gesetzeskraft auslegt oder ergänzt, braucht hiernach nicht weiter erörtert zu werden.

Das Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist, daß das Anteilsrecht an den Wegen und Gräben auch als Miteigentumsanteil nicht nur grundgebunden sein kann, sondern daß es bei den Auseinandersetzungen auch tatsächlich mit dem Eigentum an den Landabfindungen verknüpft wird. Ich habe hieraus an anderer Stelle die Folgerung gezogen, daß als Eigentümer der gemeinschaftlichen Anlagen auf dem für diese angelegten Grundbuchblatte die Eigentümer der Landabfindungen als solche eingetragen werden könnten [20]). Dieser Ansicht haben auch Güthe und neuerdings das Kammergericht zugestimmt [21]).

III. Größe der Anteile (Anteilsverhältnis).

Daß die Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Wegen und Gräben in einem bestimmten ziffermäßigen Verhältnisse zueinander stehen, ist, wenn man Miteigentum nach Bruchteilen annimmt, eine Notwendigkeit. Aber auch bei dem Eigentume zur ge-

[20]) Holzapfel, Grundbuchrecht S. 142.

[21]) Güthe Bd. 2 S. 1356; KG. vom 10. Juni 1915, I X 102 15/167.

Digitized by Google

samten Hand kann für die Anteile der Einzelnen ein bestimmtes ziffermäßiges Verhältnis gelten, wenn auch die Bruchteile hier, der Eigenart des Rechtsverhältnisses entsprechend, einen anderen Sinn haben wie bei dem schlichten Miteigentume [22]).

Bei der Beantwortung der Frage, in welchem Verhältnisse die Auseinandersetzungsteilnehmer an den Wegen und Gräben beteiligt sind, geht man gewöhnlich von den Bestimmungen über die Aufbringung des erforderlichen Grund und Bodens aus. Nach § 96 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 und seinen Nachbildungen soll der Grund und Boden von den Beteiligten „nach Verhältnis ihres Teilnehmungsrechts hergegeben werden". § 96 a. a. O. fügt noch hinzu: „Der Beitrag jedes Einzelnen wird ihm auf seine Abfindung angerechnet". Dementsprechend führt das Oberlandeskulturgericht in seiner Entscheidung vom 20. November 1903 [23]) aus:

> Das Verhältnis der Beteiligung an der Wegegemeinschaft und an dem Eigentume der gemeinschaftlichen Anlagen kann sich wenn .... nichts anderes vereinbart ist, nur nach dem Verhältnisse richten, nach dem sie aufgebracht sind, also wenn die Aufbringung gemäß § 96 GemTeilOrdn. erfolgt ist, nach den Teilnehmungsrechten an der Auseinandersetzungsmasse, die sich wiederum decken mit dem Werte der dafür gewährten Abfindungen.

Dieser Ausführung wird man grundsätzlich zustimmen müssen. Die aus den Wegen und Gräben bestehende Vermögensmasse ist durch die Beiträge der Auseinandersetzungsteilnehmer entstanden, und man darf voraussetzen, daß der Wille eines jeden Beitragenden darauf gerichtet war, einen seinem Beitrag entsprechenden Anteil an der Masse zu erwerben [24]). Man wird ferner im Zweifel annehmen müssen, daß die Wege- und Gräbenbeiträge den Teilnehmungsrechten entsprechen, und daß dasselbe auch von den Landabfindungen gilt. Auf diese Weise ergibt sich, daß die Anteile der Einzelnen an den Wegen und Gräben sich nach dem Werte ihrer Landabfindungen bemessen.

Indessen treffen die Voraussetzungen, von denen hier mit Bezug auf die Aufbringung der Wege und Gräben und das Zustandekommen der Landabfindungen ausgegangen ist, keineswegs immer zu. Es müssen vielmehr noch folgende Fälle ins Auge gefaßt werden:

---

[22]) Vgl. Gierke, Deutsches Privatrecht Bd. 2 S. 382, 389 ff.
[23]) Ztschr. Bd. 35 S. 240.
[24]) So auch schon Holzapfel, Privatrecht S. 178.

Digitized by Google

1. Ein Teilnehmer ist statt in Land ganz in Geld abgefunden worden, obwohl er mit seinem Teilnehmungsrechte zum Beitrage für die Wege und Gräben herangezogen ist.

2. Ein Teilnehmer ist ganz in Land abgefunden, aber von dem Beitrage zu den Wegen und Gräben ausnahmsweise freigelassen.

3. Ein Teilnehmer ist für sein Teilnehmungsrecht teils in Land teils in Geld abgefunden worden.

4. Ein Teilnehmer hat mehr Land erhalten, als er nach seinem Teilnehmungsrecht an Abfindung fordern konnte, dafür aber eine Herauszahlung in Geld geleistet.

5. Ein Teilnehmer hat seine Abfindung statt in der Gemarkung, in der sein altes Grundstück lag, in einer gleichzeitig zusammengelegten Nachbargemarkung erhalten, seinen Beitrag zu den Wegen und Gräben aber in der ersten Gemarkung geleistet.

6. Einzelne Wege und Gräben sind nur von den (alten) Grundstücken eines einzelnen Feldteils aufgebracht, jedoch ist die Abfindung für eines der Grundstücke nicht in diesem Feldteile, sondern an anderer Stelle der Gemarkung ausgewiesen.

In den Fällen zu 1 bis 4 bleibt es dabei, daß für den Anteil des Teilnehmers der Wert seiner Landabfindung maßgebend ist. Und zwar wird man zu dieser mit dem oben entwickelten Grundsatze nicht ganz übereinstimmenden Auffassung auf Grund des zu vermutenden Willens der Auseinandersetzungsteilnehmer gelangen müssen. Wer ganz auf Landabfindung verzichtet und sich mit Geldabfindung begnügt (Fall 1), von dem ist anzunehmen, daß er auch auf einen Anteil an den Wegen und Gräben verzichtet. Daß ein in Land abgefundener Teilnehmer auch dann, wenn er ausnahmsweise zum Wegebeitrage nicht herangezogen ist (Fall 2), für seine Landabfindung einen Anteil an den Wegen erwerben will und erhalten soll, versteht sich von selbst[25]). Wer teilweise statt in Land in Geld abgefunden wird (Fall 3), von dem ist zu vermuten, daß er auch nur einen seiner Landabfindung entsprechenden Anteil an den Anlagen erwerben will, auf ein Mehr hingegen verzichtet. Zugute kommt dieser Verzicht dem, der über seinen Abfindungsanspruch hinaus Land erhalten hat (Fall 4); der Anteil eines solchen Beteiligten erhöht sich demnach um so viel, daß er im Verhältnisse zu dem gesamten ihm zugeteilten Lande steht. Man kann sich das Ge-

[25]) Vgl. auch Kluckhuhn S. 95 f.

Digitized by Google

sagte auch noch in anderer Weise klarmachen. Bei den Zusammenlegungen und Gemeinheitsteilungen wird das gesamte zur Verteilung bestimmte Land wie eine gemeinschaftliche Masse behandelt, aus der zunächst die (gemeinschaftlichen) Wege und Gräben ausgesondert werden. Erst wenn dies geschehen, wird der Rest unter die Teilnehmer verteilt. Hierbei ergibt sich von selbst die Anschauung, daß die zuerst ausgesonderten Wege und Gräben zu der Auseinandersetzungsmasse im ganzen gehören, daß sie, wenn auch nicht im Rechtssinn, ein Zubehör der Teilungsmasse sind und bei deren Aufteilung unter die Teilnehmer anteilig mitverteilt werden. Die Anteile folgen also dem zur Abfindung verteilten Lande, ihr gegenseitiges Verhältnis wird demgemäß durch den Wert der Landabfindungen bestimmt. Diese aus dem tatsächlichen Hergange geschöpfte Anschauung ist es, die dem Erwerb- oder Verzichtwillen der Auseinandersetzungsteilnehmer Richtung und Inhalt gibt.

In dem Falle zu 5 ist anzunehmen, daß, wer seine Abfindung in der Nachbargemarkung erhält, ein Anteilsrecht nur an den Wegen und Gräben dieser Gemarkung erwerben will, und daß er auch nach dem Willen der übrigen Auseinandersetzungsteilnehmer nur ein solches erwerben soll. Die Größe des Anteils richtet sich auch hier nach dem Werte der Landabfindung.

Wege und Gräben, die in einem bestimmten Feldteil angelegt und nur von den Grundstücken dieses Feldteils aufgebracht sind (Fall 6), fallen nach dem zu vermutenden Willen der Beteiligten denjenigen zu, die in dem Feldteil Abfindung erhalten, wobei die Größe jedes Anteils sich nach dem Werte der Landabfindung bemißt. Wer für sein in dem Feldteile liegendes Grundstück anderswo abgefunden wird, erhält keinen Anteil. In dieser Beziehung gilt entsprechend das zu Nr. 5 Ausgeführte.

Es lassen sich noch weitere Abweichungen von der Regel denken. Auf alle Möglichkeiten kann jedoch nicht eingegangen werden. Jedenfalls ist festzustellen, daß im allgemeinen auch beim Vorliegen eines besonderen Tatbestandes die Bemessung der Anteile nach dem Werte der Landabfindungen die Regel bildet.

IV. Gegenstand der Anteilsrechte.

Aus §§ 96, 97 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 ergibt sich, daß die Beiträge der einzelnen Auseinandersetzungsteilnehmer nicht zu den einzelnen Wegen und Gräben gesondert, sondern zu

Digitized by Google

den Wegen und Gräben im ganzen, zur Wege- und Gräbenmasse geleistet werden. Es entsteht also nicht eine Mehrheit von Rechtsgemeinschaften, von denen jede einen einzelnen Weg oder Graben zum Gegenstande hat, sondern es wird nur eine Rechtsgemeinschaft begründet, und ihr Gegenstand ist die Wege- und Gräbenmasse. Allerdings kann es innerhalb der Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer besondere Gruppen von Teilnehmern geben, denen bestimmte Anlagen gesondert überwiesen sind; hierauf ist bereits oben hingedeutet. Aber dieser besondere Fall kann hier außer Betracht bleiben. Denn von dem Rechte einer solchen Gruppe (Untergesamtheit) an den ihr überwiesenen Anlagen gilt im Kleinen dasselbe, was von dem Rechte der Gesamtheit an den für alle Teilnehmer vorbehaltenen Anlagen im Großen gilt.

Die Tatsache, daß bei der Auseinandersetzung nicht einzelne gemeinschaftliche Wege- und Grabengrundstücke, sondern ein gemeinschaftliches Grundvermögen geschaffen wird, ist von größter Bedeutung für die Frage, was Gegenstand des Anteilsrechts des Einzelnen ist und worauf sich das geltende Anteilsverhältnis bezieht. Denn man wird diese Frage dahin beantworten müssen: das Anteilsrecht ist ein Recht an der Wege- und Gräbenmasse, nicht an den einzelnen Wegen und Gräben, und ebenso ist das oben besprochene Anteilsverhältnis nur auf das gemeinschaftliche Vermögen als ein Ganzes zu beziehen. Es ist daher nicht richtig, wenn das Kammergericht in seiner Entscheidung vom 31. Oktober 1904[26]) jedem einzelnen Anteilsberechtigten einen „Anteil an jedem einzelnen Gegenstande der Gemeinschaft" zuschreibt. Allerdings setzt sich das gemeinschaftliche Grundvermögen aus einer Mehrheit von einzelnen Grundstücken zusammen, und insofern kann man auch die einzelnen Grundstücke als gemeinschaftlich bezeichnen. Aber die Anteile der Auseinandersetzungsteilnehmer ergreifen diese nur mittelbar als Bestandteile des gemeinschaftlichen Vermögens. Unmittelbar beziehen sie sich nur auf das Vermögen als Ganzes. Zutreffend spricht denn auch § 4 Abs. 1 des Gesetzes vom 2. April 1887 von dem „durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Vermögen".

Aus dem Gesagten ergeben sich einige wichtige Folgerungen.

Hätte jeder Anteilsberechtigte einen Anteil an jedem einzelnen Wege und Graben, so müßte ihm im Falle der Veräußerung einer

[26]) KGJ. Bd. 29 S. A 128.

Digitized by Google

Wege- oder Grabenfläche ohne weiteres ein Anspruch auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil des Erlöses zustehen. Dies ist jedoch nicht der Fall. Nach § 5 des Gesetzes vom 2. April 1887 kann zwar der Erlös unter die Auseinandersetzungsteilnehmer verteilt werden. Die Verteilung braucht aber nicht stattzufinden, der Gelderlös kann auch in anderer Weise im Interesse der Anteilsberechtigten verwendet oder als Kapital in Verwaltung genommen werden, und im letzteren Falle bleibt er ein dauernder Bestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens. Aber selbst wenn der Erlös zur Verteilung bestimmt wird, so zerfällt er doch nicht ohne weiteres in einzelne Bruchteile, die den Anteilsberechtigten zustehen. Vielmehr bleibt er auch in diesem Falle bis dahin, daß die Verteilung vollzogen wird, ein Stück des gemeinschaftlichen Vermögens. Das Oberlandeskulturgericht hat dies stets angenommen und in der Entscheidung vom 20. November 1903 daraus die Folgerung gezogen, daß bei der Verteilung nur diejenigen Anteilsberechtigten zu bedenken seien, die in dem Augenblicke der Verteilung ein Anteilsrecht besitzen, nicht etwa diejenigen, die zur Zeit des Verkaufs anteilsberechtigt waren[27]). Es gilt also derselbe Grundsatz, den das Bürgerliche Gesetzbuch für das Gesellschaftsvermögen (§ 718) und andere Sondervermögen aufgestellt hat, und der dahin geht, daß zu dem Sondervermögen auch das gehört, was auf Grund eines zu dem Sondervermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines dazu gehörenden Gegenstandes oder durch ein sich darauf beziehendes Rechtsgeschäft erworben wird (Grundsatz der Surrogation)[28]). Es wäre auch nicht berechtigt, die Bestimmung des § 5 des Gesetzes vom 2. April 1887 lediglich als eine Sondervorschrift anzusehen, die aus Zweckmäßigkeitsgründen einen einzelnen Punkt im Widerspruche mit dem Wesen des Rechtsverhältnisses regelt. Vielmehr handelt es sich hier um eine Folgerung aus dem Wesen des Anteilsrechts als eines Anteils nicht an einzelnen Sachen, sondern an einem Vermögensganzen.

Eine weitere Folgerung aus dem oben Ausgeführten ist, daß auch die laufenden und an sich zur Verteilung geeigneten Nutzungen des gemeinschaftlichen Vermögens, z. B. die Grasnutzung von den

[27]) Ztschr. Bd. 35 S. 244 f., vgl. auch daselbst Bd. 37 S. 371 und eine ungedruckte Entscheidung vom 23. Februar 1912 i. d. S. von Neutrebbin.

[28]) Vgl. auch noch BGB. § 1473 (Gesamtgut bei der allgemeinen Gütergemeinschaft), § 2041 (Nachlaß im Falle der Erbengemeinschaft).

Digitized by Google

Wegen und Gräben, der Obstertrag von den an den Wegen gepflanzten Obstbäumen, nicht ohne weiteres den Anteilsberechtigten zufallen, vielmehr zunächst der Gemeinschaft verbleiben. Die Bestimmung über ihre Verwendung steht der Gemeinschaft zu. Ist ein Verwalter nach dem Gesetze vom 2. April 1887 bestellt, so ist dieser zur Verfügung berechtigt. In welcher Weise sonst darüber verfügt werden kann, wird erst später zu erörtern sein. Eine Ausnahme ist nur für solche Nutzungen zu machen, deren Verteilung von vornherein im Auseinandersetzungsrezeß angeordnet ist. Eine derartige Anordnung begründet zugunsten der Anteilsberechtigten ein Sonderrecht gegenüber der Gemeinschaft, kraft dessen diese zur Verteilung gezwungen werden kann [29]).

V. Inhalt des Anteilsrechts.

Aus dem soeben Gesagten ergibt sich, daß das Anteilsrecht eine Anwartschaft auf Beteiligung an dem Erlöse gewährt, der im Falle der Veräußerung des gemeinschaftlichen Vermögens oder eines Bestandteils dieses Vermögens erzielt wird. Ferner, daß es unter Umständen auch einen Anspruch auf Beteiligung an den laufenden Nutzungen des gemeinschaftlichen Vermögens gewährt. Dabei wird im Zweifel anzunehmen sein, daß die Verteilung der Beträge unter die Anteilsberechtigten nach dem Maßstabe des Anteilsverhältnisses zu geschehen hat.

Indessen handelt es sich hier im ersten Falle nur um eine Anwartschaft für den Fall, daß die Gemeinschaft beendet wird oder ein einzelnes Stück aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ausscheidet, im zweiten Falle um Nebennutzungen. Der Hauptinhalt der Anteilsrechte an den Wegen und Gräben während des Bestehens der Gemeinschaft ist ein anderer: er besteht in dem Rechte der Anteilsberechtigten, die Wege und Gräben ihrer Bestimmung gemäß, d. h. als Zugang zu den berechtigten Abfindungsgrundstücken oder zu deren Entwässerung oder Bewässerung, zu benutzen. Es versteht sich von selbst, daß für diese Hauptnutzung das ziffermäßige Anteilsverhältnis bedeutungslos ist. Für den Umfang dieser Benutzung kann nur das Bedürfnis der berechtigten Grundstücke maßgebend sein [30]).

---

[29]) Ähnlich auch Kluckhuhn S. 97 f.

[30]) Kluckhuhn S. 99.

Digitized by Google

Dem Rechte der Anteilsberechtigten entsprechen aber auch gewisse Verpflichtungen. Auf den inneren Zusammenhang beider ist schon oben hingewiesen worden. Gegenstand der Verpflichtung ist vor allem die Unterhaltung der Wege und Gräben. Die Beiträge der Anteilsberechtigten zu den Unterhaltungskosten richten sich nach den übereinstimmenden Vorschriften des § 96 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 und § 6 Abs. 3 Satz 1 des Gesetzes vom 2. April 1887 im Zweifel nach den Teilnahmerechten, d. h. dem Anteilsverhältnis, — ebenso, wie dies § 748 BGB. auch für die Gemeinschaft nach Bruchteilen vorschreibt. Das Beitragsverhältnis kann im Rezeß aber auch anders geregelt sein. Ist dies der Fall, so gilt ohne weiteres das rezeßmäßige Beitragsverhältnis. Einer Eintragung im Grundbuche, wie sie nach § 1010 BGB. erforderlich ist, bedarf es gemäß § 6 Abs. 3, 4 des Gesetzes vom 2. April 1887 nicht.

Nicht enthalten in dem Anteilsrecht ist die Befugnis, die Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens zu verlangen. Hierüber besteht kaum eine Meinungsverschiedenheit. Schon in der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887 heißt es: es könne „die bestehende Gemeinschaft nach der Bestimmung der ihr unterworfenen Anlagen der Regel nach nicht aufgehoben werden“[31]). Noch bestimmter erklärt das Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 2. Mai 1891, daß „eine Teilungsklage des Einzelnen auf Ermittelung und Ausweisung seines Anteils nicht stattfinde“[32]). Auch das Oberlandeskulturgericht hält, wie es in der Entscheidung vom 12. Januar 1900 ausspricht, die actio communi dividundo für unzulässig[33]). Förster-Eccius vergleicht das Anteilsrecht mit dem Miteigentum an Winkeln und Grenzrainen und bemerkt, die gemeinschaftlichen Anlagen seien „nicht nach den gewöhnlichen Grundsätzen teilbar“[34]). Ebenso nehmen Meyn und Kluckhuhn Unteilbarkeit an[35]).

Kluckhuhn führt aus: der Grundsatz der Unteilbarkeit sei zwar vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich aufgestellt, er sei aber unzweifelhaft vorausgesetzt worden. Diese für alle gemeinschaftlichen Anlagen ausgesprochene Ansicht trifft sicher für die Wege und Gräben zu. Eine Teilung, mag sie in Natur oder durch Verkauf aus-

[31]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 23.
[32]) OVGEntsch. Bd. 21 S. 147.
[33]) Ztschr. Bd. 35 S. 179.
[34]) Förster-Eccius Bd. 3 S. 334.
[35]) Meyn S. 717 (A. 3); Kluckhuhn S. 87.

Digitized by Google

geführt werden, würde diese Anlagen der Aufgabe, die sie erfüllen sollen, entziehen. Eine solche Entziehung ist zwar nicht unter allen Umständen ausgeschlossen. Der Gemeinschaft als solcher wird man das Recht, mit diesem Erfolg über die Anlagen zu verfügen, nicht bestreiten können; es ist ihr sogar durch § 4 des Gesetzes vom 2. April 1887, wenn auch mit gewissen Einschränkungen zur Wahrung der Rechte der Einzelnen, ausdrücklich zuerkannt. Als ausgeschlossen aber muß es gelten, daß jeder Anteilsberechtigte die Teilung erzwingen kann. Sowohl nach dem Willen der Auseinandersetzungsteilnehmer wie nach der Absicht des Gesetzes sind die Wege und Gräben eine dauernde Einrichtung zum Besten der Landeskultur, ist die in bezug auf sie begründete Gemeinschaft zeitlich unbegrenzt. Ihre Auflösung würde die Vernichtung eines der wichtigsten und wertvollsten Ergebnisse der Auseinandersetzung bedeuten. Es wäre daher geradezu widersinnig, wenn die Auseinandersetzung selbst sogleich bei der Begründung der Einrichtung durch Gewährung der Teilungsklage den Todeskeim in sie legte.

Der Ausschluß des Teilungsanspruchs besteht, wie hiernach anzunehmen ist, kraft Vorschrift der Auseinandersetzungsgesetzgebung. Daher bedarf es zu seiner Wirksamkeit auch nicht der Eintragung im Grundbuche, wie sie im Falle des Miteigentums nach Bruchteilen erforderlich ist (§ 1010 BGB.). Tatsächlich wird denn auch eine derartige Eintragung weder in den Rezessen vorgesehen noch im Grundbuche vorgenommen.

VI. Verfügung über das Anteilsrecht.

Die Grundgebundenheit der Anteilsrechte an den Wegen und Gräben hat zur Folge, daß jede Verfügung über ein Abfindungsgrundstück auch das mit ihm verknüpfte Anteilsrecht ergreift. Das Anteilsrecht haftet für die auf dem berechtigten Grundstück eingetragenen Lasten (§ 5 Abs. 1 des Gesetzes vom 2. April 1887)[36]), und im Falle der Veräußerung des berechtigten Grundstücks geht es auf den Erwerber mit über (§ 6 Abs. 3 Satz 3 das.). Denn wenn auch das Anteilsrecht kein Bestandteil des berechtigten Grundstücks ist, so gilt es doch nach § 96 BGB. als solcher und teilt demzufolge seine rechtlichen Schicksale.

Dagegen kann über das Anteilsrecht nicht gesondert verfügt werden. Seine Veräußerung oder Belastung ohne gleichzeitige

[36]) Vgl. HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 25.

Digitized by Google

Veräußerung oder Belastung des berechtigten Grundstücks ist unzulässig. Ja, man wird auch umgekehrt eine Veräußerung oder Belastung des berechtigten Grundstücks ohne gleichzeitige Veräußerung oder Belastung des Anteilsrechts nicht zulassen dürfen, mit anderen Worten annehmen müssen, daß die Anteilsrechte als wesentliche Bestandteile der Abfindungsgrundstücke gelten, daß sie mit dem Eigentum an diesen untrennbar verbunden sind [37]). Dies folgt freilich nicht daraus, daß auch andere grundgebundene Rechte (Vorkaufsrechte, Reallasten, Wiederkaufsrechte bei Rentengütern) von dem Eigentum an dem berechtigten Grundstücke nicht getrennt und nicht in persönliche Rechte verwandelt werden können. Denn hier beruht die Untrennbarkeit auf ausdrücklicher Vorschrift des Gesetzes [38]). Aber sie folgt für das Anteilsrecht daraus, daß die Grundgebundenheit für den Inhalt des Anteilsrechts bestimmend ist: der Umfang, in dem der Anteilsberechtigte die Wege und Gräben benutzen darf, hängt von dem Bedürfnis des berechtigten Grundstücks ab. Es verhält sich hier also ähnlich, wie bei den Grunddienstbarkeiten (§ 1019 BGB.). Auch bei diesen steht die Untrennbarkeit von dem herrschenden Grundstücke fest. Aber sie brauchte nicht besonders ausgesprochen zu werden, weil sie sich von selbst verstand. Durch seine Loslösung von dem berechtigten Grundstücke, dessen Bedürfnis für seinen Inhalt maßgebend ist, würde das Recht eine Änderung seines Inhalts erleiden.

Die Untrennbarkeit des Anteilsrechts von dem berechtigten Grundstück ist denn auch allgemein anerkannt. Etwas unbestimmt heißt es allerdings in der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887: der einzelne Beteiligte dürfe „über seinen Miteigentumsanteil nur insofern verfügen, als der dauernde Zweck des gemeinschaftlichen Gegenstandes und die Rücksicht auf die Rechte der Miteigentümer dies gestatten“ [39]). Wenig bestimmt sagt auch Peltzer: „der Miteigentümer“ sei „in der freien Verfügung über seinen Anteil behindert“, daher seien die gemeinschaftlichen Anlagen auch „der Zwangsvollstreckung entzogen“ [40]). Dagegen sprechen Kluckhuhn und Meyn ausdrücklich von Untrennbarkeit des Anteilsrechts; Kluckhuhn nennt dieses, wie schon oben bemerkt wurde, einen wesentlichen Bestandteil der Abfindungsgrundstücke,

[37]) Vgl. Güthe Bd. 1 S. 84.
[38]) §§ 1103, 1110 BGB.; Art. 29 § 10 AGBGB.
[39]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 21.
[40]) Peltzer S. 105.

Digitized by Google

der kein möglicher Gegenstand einer besonderen Verfügung sei, und in den eine gesonderte Zwangsvollstreckung nicht stattfinde[41]). Ferner heißt es in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 2. Mai 1891: „die Anteilsberechtigung des Einzelnen" bilde „ein untrennbares Zubehör der Hauptabfindung", sie sei „deshalb auch nicht frei veräußerlich"[42]). Das Oberlandeskulturgericht endlich bezeichnet in der Entscheidung vom 20. November 1903 den Anteil als einen untrennbaren Bestandteil der Abfindungsgrundstücke[43]). Was übrigens die Zwangsvollstreckung in das Anteilsrecht betrifft, so ist diese auch nach § 865 ZPO. nicht möglich.

Die Untrennbarkeit des Anteilsrechts von dem Eigentum an dem berechtigten Grundstücke bedeutet indessen nicht, daß jenes unter allen Umständen so lange bestehen müsse, wie dieses in Kraft bleibt. Vielmehr ist anzunehmen, daß der Anteilsberechtigte auf sein Recht verzichten, ihm entsagen kann. Es versteht sich von selbst, daß ein solcher Verzicht nur unbeschadet der Rechte Dritter, d. h. derjenigen erfolgen kann, zu deren Gunsten das berechtigte Grundstück und mittelbar das Anteilsrecht belastet ist. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der Verzicht nicht einseitig erklärt werden kann. Einseitige Verzichtleistung ist nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur wirksamen Aufgabe eines Rechtes nicht genügend[44]). Im übrigen aber ist nicht abzusehen, welches rechtliche Hindernis der Wirksamkeit eines Verzichts im Wege stehen sollte. Von solcher Starrheit ist die Rechtsgemeinschaft zwischen den Anteilsberechtigten nicht, daß es dem Einzelnen verwehrt wäre, sich mit Zustimmung der übrigen aus ihr zurückzuziehen. Zulässig ist jedoch nur ein Verzicht auf das Anteilsrecht im ganzen, d. h. auf den Anteil an allen Wegen und Gräben, an der Wege- und Gräbenmasse. Auf einen Anteil an einem einzelnen Wege oder Graben kann nicht verzichtet werden, weil ein solcher Anteil, wie oben dargelegt wurde, gar nicht besteht.

Da das Anteilsrecht als selbständiges Recht, d. h. ohne Verbindung mit dem Eigentum an dem berechtigten Grundstücke, nicht bestehen kann, so kann es durch den Verzicht des Berechtigten nicht etwa wie ein vom Miteigentümer aufgegebener Miteigentumsanteil

---

[41]) Meyn S. 716; Kluckhuhn S. 105, 167 f.
[42]) OVGEntsch. Bd. 21 S. 147.
[43]) Ztschr. Bd. 35 S. 239.
[44]) RGEntsch. Bd. 72 S. 168.

Digitized by Google

(§ 928 BGB.) herrenlos werden. Es unterliegt daher auch nicht der Aneignung durch einen Dritten. Vielmehr hebt der Verzicht das Anteilsrecht des Verzichtenden schlechthin auf. Dadurch aber wirkt er stets zugunsten der übrigen in der Gemeinschaft verbleibenden Teilhaber, mit anderen Worten: der Anteil des Verzichtenden wächst den übrigen Teilhabern an.

VII. Das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer als Eigentum zur gesamten Hand.

Während über die bisher besprochenen Einzelheiten des Rechtsverhältnisses eine weitgehende Übereinstimmung herrscht, gehen die Meinungen über die Natur der Gemeinschaft, die zwischen den Auseinandersetzungsteilnehmern mit Bezug auf die Wege und Gräben besteht, weit auseinander. Sie schwanken zwischen der Annahme von schlichtem Miteigentume nach Bruchteilen auf der einen Seite und der Annahme einer Körperschaft der Anteilsberechtigten, also einer juristischen Person, der das Eigentum an den Anlagen als Körperschaftsvermögen gehört, auf der entgegengesetzten Seite. Den Übergang vom einen Gegensatze zum anderen vermitteln mehrfach abgestufte mittlere Meinungen. Man kann fast sagen, daß jede Möglichkeit der rechtlichen Beurteilung der Gemeinschaft ihren Vertreter gefunden hat.

Die Behauptung, daß es sich um Miteigentum nach Bruchteilen handele, wird in der Entscheidung des Kammergerichts vom 31. Oktober 1904[45]) aufgestellt. Zugleich wird dort die Annahme, die Auseinandersetzungsteilnehmer seien Eigentümer der gemeinschaftlichen Anlagen zur gesamten Hand, ausdrücklich abgelehnt. Das Kammergericht glaubt sich dabei in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung zu befinden und verweist zum Beweise dafür auf Stöckel und mich sowie auf seine eigene frühere Entscheidung vom 9. November 1896[46]). Indessen schließt Stöckel seine hierher gehörigen Ausführungen mit der Bemerkung (S. 33): „Es ist äußerst schwierig und undankbar, das ganze Rechtsverhältnis in den römischrechtlichen Begriff des condominium einzwängen zu wollen." Das sieht eher einer Ablehnung als einer Billigung der Annahme von Bruchteileigentum ähnlich. Ich selbst habe mich

[45]) KGJ. Bd. 29 S. A 123.

[46]) Stöckel S. 29 ff.; Holzapfel, Privatrecht S. 178; KGJ. Bd. 16 S. 60.

Digitized by Google

a. a. O. über die Natur des Miteigentums nicht näher ausgelassen; doch gebe ich zu, daß meine Bemerkungen im Sinne von Miteigentum nach Bruchteilen verstanden werden können. Am wenigsten zutreffend ist die Berufung auf die frühere Entscheidung von 1896. Denn dieser lag ein Fall zugrunde, in dem gewisse Pläne dreizehn näher benannten Teilnehmern „nach bestimmten Bruchteilen zum gemeinschaftlichen Eigentum überwiesen" waren. Es handelte sich also weder um Wege und Gräben noch um sonstige Zweckgrundstücke, und überdies ergab der klare Wortlaut des Rezesses die Absicht, schlichtes Miteigentum nach Bruchteilen zu begründen.

Soviel ist gewiß, daß die jetzt herrschende Meinung die Annahme von schlichtem Miteigentume verwirft. Kluckhuhn nennt das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer deutschrechtliches Miteigentum oder Miteigentum zur gesamten Hand. Güthe bemerkt, die Gesamtheit sei „eine Gemeinschaft zur gesamten Hand". In der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 2. Mai 1891 ist von „einer dem sog. Gesamteigentum entsprechenden Modifikation" die Rede[47]). Auch das Kammergericht bekennt sich neuerdings zu dieser Ansicht[48]). In der Tat, wer das Eigentum an den Wegen und Gräben nicht der Gesamtheit der Beteiligten als einer juristischen Person zuschreibt, der wird nicht umhin können, es den Beteiligten als einer Gemeinschaft zur gesamten Hand zuzuschreiben. Die Annahme eines Miteigentums nach Bruchteilen im Sinne des § 1008 BGB. ist in jedem Falle unhaltbar.

Das Kammergericht führt in der zuerst erwähnten Entscheidung vom 31. Oktober 1904 aus:

> Gegen Miteigentum zur gesamten Hand spricht, daß wenn man in Abweichung vom jetzigen Rechte es für das frühere Recht für zulässig erachten wollte, eine Berechtigung zur gesamten Hand durch Vertrag zu begründen, doch der Rezeß nicht den mindesten Anhaltspunkt dafür bietet, daß die Beteiligten ein solches Rechtsverhältnis beabsichtigt haben. Eine gesetzliche Vorschrift aber, daß durch Auswerfung von gemeinschaftlichem Vermögen im Rezesse Gesamteigentum entsteht, besteht nicht.

Hierzu ist zunächst zu bemerken, daß sich die Annahme einer Gemeinschaft zur gesamten Hand allerdings nur aufrecht erhalten läßt, wenn sie sich auf die Vorschriften der Auseinandersetzungsgesetzgebung stützt. Tut sie dies aber, so ist sie auch gegenüber dem

[47]) Kluckhuhn S. 99, 107, 155; Güthe Bd. 2 S. 1356; OVGEntsch. Bd. 21 S. 246 f. — Weitere Anführungen s. unten.

[48]) KGJ. Bd. 45 S. A 215 (Entsch. vom 10. Dezember 1913) und vor allem die oben Anm. 21 angeführte Entscheidung vom 10. Juni 1915.

Digitized by Google

jetzt geltenden Rechte gerechtfertigt. Zwar ist nach § 741 BGB. jede Rechtsgemeinschaft eine Gemeinschaft nach Bruchteilen, „sofern sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Aber nach Art. 113 EGBGB. bleiben alle Vorschriften in Kraft, welche die durch ein Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten zum Gegenstande haben, also auch diejenigen Vorschriften, welche die Eigentumsverhältnisse an den gemeinschaftlichen Anlagen auf eine besondere Art regeln. Es kommt also darauf an, ob nach den Vorschriften der Auseinandersetzungsgesetzgebung die Gemeinschaft der Beteiligten als gesamte Hand anzusehen ist. Hierbei wird man nicht verlangen dürfen, daß das Gesetz das Eigentum der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Anlagen ausdrücklich als Miteigentum zur gesamten Hand bezeichne; dies tut auch nicht das Bürgerliche Gesetzbuch in den Fällen, in denen es diese Art der Eigentumsgemeinschaft anerkennt. Es genügt vielmehr, daß das Gesetz dem Miteigentume diejenigen Eigenschaften zuschreibt, die für den Begriff des Gesamthandverhältnisses wesentlich sind. Sodann ist es zwar richtig, daß der Auseinandersetzungsrezeß ein Vertrag ist. Aber auch bei der Erforschung des Vertragswillens kann es nicht darauf ankommen, mit welchen Ausdrücken die Beteiligten das von ihnen beabsichtigte Rechtsverhältnis bezeichnet haben. Auch hier ist nur darauf zu sehen, welche Eigenschaften sie dem Rechtsverhältnisse haben beilegen wollen. Außerdem ist nicht außer acht zu lassen, daß der Auseinandersetzungsrezeß zwar ein Vertrag, aber doch ein Vertrag besonderer Art ist, der unter obrigkeitlicher Leitung abgeschlossen wird, und bei dessen Abschlusse die Willkür der Parteien durch das Gesetz und durch die Prüfungs- und Bestätigungsbefugnis der Auseinandersetzungsbehörde in weitgehendem Maße beschränkt ist. Man wird hieraus folgern müssen, daß der Rezeß im Zweifel so auszulegen ist, wie es am besten der Absicht des Gesetzes entspricht.

Prüft man hiernach die besonderen Merkmale, die das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den Wegen und Gräben hat, so wird man in ihnen die wesentlichen Merkmale des Miteigentums zur gesamten Hand wiederfinden. Dahin gehört vor allem, daß sich die Anteilsrechte der Einzelnen nicht auf die einzelnen Wege und Gräben, sondern auf die gesamte Wege- und Gräbenmasse, also ein Grundvermögen, beziehen. Mit dem schlichten Miteigentum ist dies unvereinbar; handelte es sich um solches, so müßte jedem Beteiligten ein Bruchteil des Eigentums an jedem

Digitized by Google

einzelnen Wege- und Grabengrundstück zustehen [49]). Ferner ist das für den Begriff des schlichten Miteigentums wesentliche Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, ausgeschlossen [50]). Ein Merkmal des Eigentums zur gesamten Hand ist sodann eine gewisse Gebundenheit der Anteilsrechte, die dem Anteilsberechtigten die freie Verfügung über seinen Anteil beschränkt — im Gegensatze zu dem Anteile beim schlichten Miteigentume, der als ein selbständiges Sachenrecht der freien Verfügung des Miteigentümers unterliegt [51]). Hier ist eine solche Gebundenheit durch die Grundgebundenheit der Anteilsrechte gegeben. Endlich ist darauf hinzuweisen, daß sich beim Wegfall eines Teilhabers infolge Verzichts die Anteile der übrigen Teilhaber durch Anwachsung vergrößern — auch eine Eigenschaft, die dem Eigentume zur gesamten Hand, nicht dagegen dem Miteigentume nach Bruchteilen zukommt [52]). Bei alledem beruhen die erwähnten Eigenschaften der Anteilsrechte nicht lediglich auf der Privatwillkür der Auseinandersetzungsteilnehmer, sondern auf dem Gesetz oder dem auf der Grundlage des Gesetzes errichteten Auseinandersetzungsrezesse. Sie genießen daher den Schutz des Vorbehalts im Art. 113 EGBGB. und haben auch unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs volle Daseinsberechtigung.

Auf der anderen Seite stehen diejenigen Wirkungen, die das Anteilsverhältnis der Anteilsberechtigten äußert, mit der Annahme eines Eigentums zur gesamten Hand nicht in Widerspruch. Der Anspruch auf einen Bruchteil des Erlöses, der bei der Veräußerung eines Teiles des gemeinschaftlichen Vermögens erzielt wird, kennzeichnet sich als eine bloße Anwartschaft im Falle einer (teilweisen) Aufhebung der Gemeinschaft, wie sie auch bei anderen Gesamthandverhältnissen anerkannt ist [53]). Gleiches gilt von dem Anspruch auf einen Bruchteil der (Neben-) Nutzungen, der auch bei dem Gesamthandverhältnis als Sonderrecht der Anteilsberechtigten vorkommen kann [54]). Was sodann die Bedeutung des An-

[49]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 389 f.; Kohler S. 237.

[50]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 386 f.

[51]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 383, 391; Kohler S. 237.

[52]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 390; Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse A. 3 d zu § 736 BGB.; RGEntsch. Bd. 65 S. 235.

[53]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 390. Vgl. BGB. § 1476 Abs. 1 (allgemeine Gütergemeinschaft), § 2047 Abs. 1 (Erbengemeinschaft).

[54]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 391. Vgl. auch § 2038 Abs. 2 Satz 2 und 3 BGB. (Erbengemeinschaft).

Digitized by Google

teilsverhältnisses für die Verteilung der Unterhaltungspflicht betrifft, so ist es von Wichtigkeit, daß diese auch ohne Rücksicht auf das Anteilsverhältnis verteilt sein kann, und daß eine solche abweichende Verteilung zu ihrer Wirksamkeit keiner Eintragung im Grundbuche bedarf. Darin liegt ein begrifflicher Unterschied gegen das beim schlichten Miteigentume bestehende Verhältnis. Endlich ist darauf zu verweisen, daß für die bestimmungsgemäße Hauptnutzung der Wege und Gräben das Anteilsverhältnis überhaupt keine Bedeutung hat.

Hiernach wird man feststellen müssen, daß das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den Wegen und Gräben, sofern es überhaupt als Eigentum anzusehen ist, sich in seiner Gesamterscheinung als Eigentum zur gesamten Hand darstellt.

VIII. Gegensatz von Gesamtrecht und Sonderrecht.

Mit der Kennzeichnung des Rechtes der Auseinandersetzungsteilnehmer als Eigentum zur gesamten Hand ist für die Beurteilung des Inhalts der Gemeinschaft zunächst nur ein allgemeiner Gesichtspunkt gewonnen. Denn das Bürgerliche Gesetzbuch stellt für dieses Rechtsverhältnis keine allgemeinen Regeln auf, es ordnet nur bestimmte einzelne Gesamthandverhältnisse. Mit Recht sagt das Reichsgericht in der Entscheidung vom 23. Februar 1907: „Die Natur der Gesamthand ist an sich unsicher und unbestimmt, sie kann in den verschiedenen Gemeinschaften zu verschiedener Ausbildung gelangt sein und gewinnt eine feste Gestaltung nur nach Maßgabe der konkreten Bestimmungen für das einzelne Gesamthandverhältnis“[55]). In einem Punkte aber stimmen die Gesamthandverhältnisse überein, nämlich darin, daß ein Teil der Befugnisse, die die Herrschaft über die Sache gewährt, als Gesamtrecht nur von den Gesamthändern in ihrer Verbundenheit ausgeübt werden kann, ein anderer Teil den Einzelnen als Sonderrecht überlassen ist.

Zu den Befugnissen, die den Auseinandersetzungsteilnehmern nur in ihrer Verbundenheit, also als Gesamtrecht, zustehen, gehört namentlich das Verfügungsrecht über die einzelnen Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens. Da sich die Anteilsrechte der Beteiligten nur auf die Wege- und Gräbenmasse im ganzen, nicht hingegen auf die einzelnen dazu gehörigen Grundstücke beziehen, so

[55]) RGEntsch. Bd. 65 S. 236 f.

Digitized by Google

ist in ihnen auch nicht das Recht zur Verfügung über ein einzelnes Grundstück enthalten. Grundsätzlich kann sogar durch ein Zusammenwirken der Inhaber aller Anteilsrechte als solcher über einen einzelnen Weg oder Graben nicht verfügt werden. Nur in ihrer Verbundenheit, zur gesamten Hand, steht ihnen diese Verfügung zu. In diesem Sinne sagt auch das Oberlandeskulturgericht in der Entscheidung vom 20. November 1903, die Verfügungsmacht über die Wege stehe allein der Genossenschaft der Beteiligten zu [56]). Jene Unterscheidung ist auch nicht bloß ein Spielen mit Begriffen, sie hat vielmehr auch praktische Bedeutung. In der Regel freilich wird das Zusammenwirken aller Gesamthänder gleichbedeutend sein mit einer Willensäußerung der gesamten Hand. Aber notwendig ist dies nicht. Die gesamte Hand kann sich, wie bei der offenen Handelsgesellschaft in dem geschäftsführenden Gesellschafter, auch ein besonderes Organ geschaffen haben, das die Gesamthänder oder die übrigen Gesamthänder von der Verfügung ausschließt. Auch bei der Gemeinschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer kann dieser Fall eintreten. Ist nämlich nach dem Gesetze vom 2. April 1887 ein Vertreter bestellt, so schließt er, wie das Oberverwaltungsgericht in seiner mehrerwähnten Entscheidung vom 2. Mai 1891 zutreffend ausführt, die Beteiligten von der Verfügung über die Substanz des gemeinschaftlichen Vermögens aus [57]).

Ähnlich, wie bei der Verfügung über die Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens, tritt der Gegensatz zwischen Sonderrecht und Gesamtrecht bei der Aufhebung der Gemeinschaft hervor. Der Fall, der hier in Betracht kommt, ist der, daß ein Gegenstand des gemeinschaftlichen Vermögens veräußert ist und der erzielte Erlös zur Verteilung kommt. Wie oben dargelegt ist, tritt der Erlös zunächst an die Stelle des veräußerten Grundstücks, wird also ebenfalls ein Bestandteil des gemeinschaftlichen Vermögens. Ein Anspruch auf seine Verteilung steht den einzelnen Beteiligten nicht zu, denn das Anteilsrecht als solches gewährt nicht die Befugnis, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen. Auf der anderen Seite muß das Recht zur Verteilung irgendwie bestehen, es kann nicht überhaupt fehlen. Hier tritt wieder die gesamte Hand in ihr Recht: das Recht zur Verteilung steht den Beteiligten in ihrer Verbundenheit zu.

---

[56]) Ztschr. Bd. 35 S. 238.

[57]) OVGEntsch. Bd. 21 S. 150.

Digitized by Google

Man wird schließlich auch das Recht zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens als eine Befugnis ansehen müssen, die nicht in dem Anteilsrechte des Einzelnen enthalten ist, sondern den Teilhabern nur zur gesamten Hand zusteht. Daher ist hier, ähnlich wie in dem Falle der Substanzverfügung, anzunehmen, daß ein nach dem Gesetze vom 2. April 1887 für die Gesamtheit bestellter Vertreter die Anteilsberechtigten von der Verwaltung ausschließt. Das Oberverwaltungsgericht will freilich in seiner Entscheidung vom 20. September 1910 trotz erfolgter Regelung der Verwaltung einen Mehrheitsbeschluß der Beteiligten über die Pflasterung eines Weges zulassen[58]). Aber das steht in offenbarem Widerspruche mit dem Grundsatze, den derselbe Gerichtshof in der Entscheidung vom 2. Mai 1891 aufgestellt hat. Es entspricht auch nicht der Auffassung, von der man bei der Beratung des Entwurfes des Gesetzes vom 2. April 1887 im Landtag ausgegangen ist[59]).

IX. Die Gemeinschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer.

Es entsteht die Frage, wie die Verbundenheit der Auseinandersetzungsteilnehmer näher zu denken sei. Diese Frage ist die schwierigste und am wenigsten geklärte in dem ganzen hier behandelten Rechtsstoffe. Nach Gierke ist die Verbundenheit der Gesamthänder regelmäßig personenrechtlicher Natur[60]). Dementsprechend hat man versucht, auch die Auseinandersetzungsteilnehmer personenrechtlich zu einer Einheit zusammenzufassen.

Die am weitesten gehende Ansicht vertritt Habicht, der annimmt: die Gesamtheit der Beteiligten sei eine juristische Person, eine Körperschaft[61]). Andeutungen in derselben Richtung finden sich aber auch anderswo. So sagt das Oberverwaltungsgericht in seiner Entscheidung vom 19. Juni 1908: „Die Auseinandersetzungsinteressenten .... bilden keine Gemeinschaft, welcher die Eigenschaft einer organisch in die Verfassung des Staates eingegliederten Korporation im Sinne des § 69 II 10 ALR. zu-

[58]) OVGEntsch. Bd. 58 S. 84.
[59]) AbgH. 1887, StenBer. Bd. 3 Nr. 80 S. 2.
[60]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 393.
[61]) Habicht S. 105 A. 1, S. 410 A. 5.

Digitized by Google

kommt" [62]). Es könnte scheinen, als ob hier nicht der Körperschaftscharakter der Gesamtheit an sich, sondern nur ihre Eigenschaft als öffentliche Körperschaft bestritten werden sollte. Mit der Annahme einer juristischen Person wird freilich die Annahme einer Gemeinschaft zur gesamten Hand hinfällig. Die eine schließt die andere aus. Es bliebe nur für ein körperschaftliches Gesamteigentum im Sinne Gierkes Raum, also ein Eigentum, das der Körperschaft und ihren Mitgliedern gemeinschaftlich zusteht [63]). Der Gegensatz zwischen Gemeinschaft zur gesamten Hand und körperschaftlichem Gesamteigentum ist freilich nicht so groß, daß sich nicht die Merkmale, die nach dem oben Ausgeführten für ein Gesamthandverhältnis sprechen, im Sinne eines körperschaftlichen Gesamteigentums umdeuten ließen. Es sei in dieser Beziehung daran erinnert, daß es bei der offenen Handelsgesellschaft noch heute streitig ist, ob das Gesellschaftsvermögen zur gesamten Hand besessen wird, oder ob es einer juristischen Person gehört [64]). Während das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer zu dem Begriffe des Bruchteilseigentums in einem fast unüberbrückbaren Gegensatze steht, bedürfte es nur einer geringen Verschiebung des Gesichtswinkels, um von dem Gesamthandverhältnisse zu der Annahme eines körperschaftlichen Gesamteigentums zu gelangen.

Indessen läßt sich die Ansicht, daß die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer eine Körperschaft sei, nicht aufrechterhalten. Es steht ihr entgegen, daß es der Gesamtheit an jeder Organisation fehlt. Man darf freilich an die Organisation einer landwirtschaftlichen Genossenschaft, wie sie hier in Frage kommen würde, keine zu hohen Anforderungen stellen. Die Realgemeinden in der Provinz Hannover sind auch ohne besondere Organisation stets als Körperschaften angesehen worden [65]). Aber ein Organ, in dessen „Lebenstätigkeit sich die Lebenseinheit der Gesamtperson mit rechtlicher Wirkung offenbart" (Gierke), fehlt auch jenen Realgemeinden nicht. Es darf bei keiner Körperschaft fehlen, und es besteht zum

[62]) OVGEntsch. Bd. 53 S. 430. S. auch KG. vom 10. Juni 1915 (oben Anm. 21).

[63]) Gierke, Privatrecht Bd. 2 S. 382 f.

[64]) Vgl. einerseits RG. vom 23. Februar 1907 (RGEntsch. Bd. 65 S. 227), andererseits Kohler S. 227 ff.

[65]) Gierke, Privatrecht Bd. 1 S. 614 A. 10; HH. 1888, StenBer. Bd. 2 S. 125. Vgl. auch Ges. vom 5. Juni 1888 über die Realgemeinden in der Provinz Hannover.

Digitized by Google

wenigsten in der Versammlung der Mitglieder. Denn die Mitgliederversammlung ist in Ermangelung abweichender Festsetzungen ein stets vorhandenes Organ der Körperschaft [66]).

Die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer hingegen hat von Hause aus nicht einmal dieses eine Organ, die Mitgliederversammlung. Zwar erklären das Oberlandeskulturgericht und das Oberverwaltungsgericht Mehrheitsbeschlüsse für rechtswirksam, durch welche die Beteiligten ihre Angelegenheiten regeln. Jenes will allgemein Beschlüsse über die Verwaltung (Entscheidung vom 12. Januar 1900) [67]) und solche Beschlüsse zulassen, durch die über die gemeinschaftlichen Anlagen verfügt wird (Entscheidung vom 20. November 1903) [68]). Dieses läßt Beschlüsse zu über die Art der Instandhaltung der gemeinschaftlichen Anlagen (Entscheidung vom 2. Mai 1891) [69]), insbesondere über die Pflasterung eines Weges (Entscheidung vom 20. September 1910) [70]), sowie über die Abänderung der rezeßmäßigen Unterhaltungslast (Entscheidung vom 19. Juni 1908) [71]). In der Entscheidung des Oberlandeskulturgerichts vom 12. Januar 1900 ist dabei ausdrücklich auf die „Analogie der Korporationen" verwiesen, „für die auch das römische Recht die Geltung der Mehrheitsbeschlüsse, nötigenfalls unter Entscheidung einer zuständigen Behörde auf Anrufen der Dissentierenden, in ausgedehntem Maße" kenne. Ähnlich behält die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 2. Mai 1891 der Minderheit das Recht vor, „auf richterliche Entscheidung darüber zu provozieren, ob jener Beschluß zum gemeinschaftlichen Besten gereicht und durchzuführen ist".

Allein daß die Teilhaber durch Mehrheitsbeschlüsse über gewisse Angelegenheiten der Gemeinschaft entscheiden und sogar über das gemeinschaftliche Vermögen verfügen, bedeutet noch nicht, daß die Versammlung der Teilhaber das Organ einer Körperschaft ist. Kommt doch selbst beim schlichten Miteigentume nach Bruchteilen etwas Ähnliches vor (§ 745 BGB.). Zur Annahme einer Körperschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer muß daher mehr verlangt

[66]) Gierke, Privatrecht Bd. 1 S. 498 f. (A. 10).
[67]) Ztschr. Bd. 35 S. 179 f.
[68]) Ztschr. Bd. 35 S. 238.
[69]) OVGEntsch. Bd. 21 S. 147.
[70]) OVGEntsch. Bd. 58 S. 82.
[71]) OVGEntsch. Bd. 53 S. 430.

Digitized by Google

werden, als der Nachweis der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen. Es bedarf des Nachweises, daß die Beschlüsse ein körperschaftliches Organ, d. h. die Mitgliederversammlung einer Körperschaft, zum Urheber haben. Dieser Nachweis ist aber schwerlich zu führen. Die Sachlage ist hier eine andere, wie bei den alten aus der Markgenossenschaft hervorgegangenen Realgemeinden, z. B. denen in der Provinz Hannover. Dort steht die Rechtspersönlichkeit von vornherein fest; dem rechtlichen Beurteiler bleibt nur übrig, das Bild durch Aufzeigung des unentbehrlichen Körperschaftsorgans zu vervollständigen. Hier dagegen ist das Bestehen der Körperschaft selbst beweisbedürftig.

Die Annahme einer selbständigen Rechtspersönlichkeit der Beteiligtengesamtheit wird denn auch überwiegend abgelehnt. So schon in der Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887 [72]). So ferner von dem Oberlandeskulturgericht und dem Oberverwaltungsgerichte, die, wenn sie auch Mehrheitsbeschlüsse zulassen, doch das Eigentum an den gemeinschaftlichen Anlagen den Beteiligten selbst zuschreiben [73]). So endlich auch von Förster-Eccius, Kluckhuhn und Meyn [74]).

Eine Auffassung, mit der die Annahme eines Eigentums zur gesamten Hand wohl vereinbar ist, vertritt das Oberlandeskulturgericht. Es bezeichnet die Gesamtheit als eine Genossenschaft und führt dies in der Entscheidung vom 20. November 1903 [75]) nach Hinweis auf die §§ 95, 96 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 in folgender Weise näher aus:

> Durch die auf Grund dieses Gesetzes rezeßmäßig von allen Beteiligten gegeneinander übernommene Verpflichtung, die gemeinschaftlich ausgewiesenen Wege dieser ihrer Bestimmung dauernd zu erhalten und sie ihrer Bestimmung gemäß zu unterhalten, entsteht unter den Beteiligten eine dauernde Gemeinschaft, eine Zwangsgenossenschaft, der allein, sei es durch Beschluß der Gesamtheit, sei es durch ihre Vertretung, sofern eine solche geordnet ist, die Verfügungsmacht über die gemeinschaftlichen Wege zusteht. Insofern sind die einzelnen Beteiligten also Miteigentümer der Wege, dies aber nur in ihrer Eigenschaft als Mitglieder der Gemeinschaft.

---

[72]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 21.

[73]) S. die oben angeführten Entscheidungen.

[74]) Förster-Eccius Bd. 3 S. 334 (A. 118); Kluckhuhn S. 37 f., 173; Meyn S. 714, 717 (A. 3).

[75]) Ztschr. Bd. 35 S. 238. Ähnlich auch Ztschr. Bd. 39 S. 328 f.

Digitized by Google

Der letzte dieser beiden Sätze deutet unverkennbar auf ein Eigentum zur gesamten Hand hin. Was die Entscheidung unter einer Genossenschaft (Zwangsgenossenschaft) versteht, könnte auf den ersten Blick zweifelhaft erscheinen. Da indessen eine selbständige Rechtspersönlichkeit, eine Körperschaft, offensichtlich nicht gemeint ist, so bleibt nur übrig, an eine erlaubte Privatgesellschaft im Sinne des ALR. (II 6 §§ 11 ff.) oder an einen nicht rechtsfähigen Verein im Sinne des BGB. (§ 54) zu denken.

Der Gedanke, daß die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer in diesem Sinne eine Genossenschaft sei, hat unleugbar etwas Bestechendes, und ich selbst habe ihn früher für richtig gehalten [76]). Aber einer näheren Prüfung hält auch er nicht stand. An den nicht rechtsfähigen Verein sind — abgesehen von der Rechtsfähigkeit — begrifflich keine anderen und vor allem keine geringeren Anforderungen zu stellen wie an die (rechtsfähige) Körperschaft. Gierke bemerkt, ein nicht rechtsfähiger Verein „sei" eine von der Rechtsordnung nicht als Körperschaft anerkannte Körperschaft, ein Gebilde, das Körperschaft wäre, wenn das System der freien Körperschaftsbildung gälte; er müsse daher nicht nur einen (Vereins-) Namen haben, sondern auch so „organisiert" sein, „daß er seinen Mitgliedern als besonderes einheitliches Ganze gegenübertritt und im Verkehr als solches sich gibt und genommen wird" [77]). Indessen ist schon oben dargelegt, daß bei der Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer von einer Organisation keine Rede sein kann. Die Gesamtheit kann sich zwar eine genossenschaftliche Organisation geben und dadurch ein nicht rechtsfähiger Verein werden. Möglicherweise kann auch schon der Auseinandersetzungsrezeß eine Vereinssatzung enthalten. Aber in diesen Fällen beruht der Vereinscharakter auf einer von außen hinzugekommenen besonderen Rechtshandlung. Zum Wesen der Gemeinschaft gehört er, wie auch schon Kluckhuhn dargelegt hat [78]), nicht. So, wie die Gesamtheit aus der Auseinandersetzung hervorgeht, fehlt ihr alles, was sie befähigen könnte, nach außen oder nach innen als

---

[76]) Holzapfel, Grundbuchrecht S. 148 (A. d), auch S. 139; derselbe, Neues Konsolidationsbuch (2) S. 160.

[77]) Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit (2) S. 10—12; vgl. auch die Anführungen S. 11 A. 20 daselbst sowie RGEntsch. Bd. 60 S. 94, Bd. 74 S. 371.

[78]) Kluckhuhn S. 71, 113, 138 ff.

Digitized by Google

einheitliches Ganze, als eine Genossenschaft, aufzutreten. Sie ist daher auch keine Genossenschaft.

Einen letzten Versuch, der Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer den Charakter einer Personeneinheit zu retten, macht Meyn. Er bemerkt, die Gesamtheit sei eine „in sich geschlossene selbständige Personengemeinschaft, allerdings nicht in dem strengen Sinne einer von der Person der einzelnen Mitglieder gänzlich losgelösten, für sich bestehenden juristischen Persönlichkeit, wohl aber in dem Sinne einer deutschrechtlichen, von der zusammenhangslosen Summe einzelner Personen verschiedenen Personeneinheit“ [79]). Hier ist nichts darüber gesagt, wie die unterstellte Personeneinheit näher zu denken sei; es wird ein Rahmen gegeben, in dem das Bild fehlt. Allein auch abgesehen hiervon, läßt es Meyn gerade an dem Nachweise dessen fehlen, worauf es ankommt. Denn die rein gedankliche Zusammenfassung der Auseinandersetzungsteilnehmer, wie sie durch die Anwendung des Wortes „Gesamtheit“ geschieht, beweist nichts. Es bedarf des Nachweises, daß diese Zusammenfassung durch das Recht anerkannt sei, daß von der „Einheit“ bestimmte, sie als solche kennzeichnende Rechtswirkungen ausgehen. Dieser Nachweis ist nicht geführt. Er läßt sich auch nicht führen.

Das, was die Gemeinschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer ausmacht, ist nichts weiter als eine Summe von Rechten und Pflichten mit Bezug auf das gemeinschaftliche Vermögen. Diese Rechte und Pflichten sind zwar nach den Grundsätzen der Gemeinschaft zur gesamten Hand geordnet, aber von einer Zusammenfassung ihrer Träger zu einer Personeneinheit kann keine Rede sein. Dies ist offenbar auch der Standpunkt Kluckhuhns [80]).

Man könnte schließlich noch daran denken, die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer als eine Gesellschaft im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufzufassen. Bei der Güterkonsolidation im Regierungsbezirke Wiesbaden spricht man von „Konsolidationsgesellschaft“, allerdings nur für die Dauer des Konsolidationsverfahrens [81]). Ein Beispiel dafür, daß die Gesamtheit als „Sozietät“ aufgefaßt wird, liefert auch die Entscheidung des Oberlandeskulturgerichts vom 20. November 1903 [82]). Gewisse Ähnlichkeiten sind in der Tat vorhanden. Wie die Wege- und

[79]) Meyn S. 714, 717 (A. 3).
[80]) Kluckhuhn S. 113.
[81]) Holzapfel, Neues Konsolidationsbuch (2) S. 66, 89, 95, 160.
[82]) Ztschr. Bd. 35 S. 238.

Digitized by Google

Gräbengemeinschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer, so ist auch die Gesellschaft keine Personeneinheit, sondern nur eine Personenmehrheit, die durch das Band einer aus Gesamtrecht und Sonderrecht bestehenden Mischung von Rechten und Pflichten zusammengehalten wird. Ferner ist auch bei der Gesellschaft in der Regel ein durch Beiträge der Gesellschafter begründetes Sondervermögen vorhanden, das den Gesellschaftern zur gesamten Hand zusteht (§ 718 BGB.). Die Anteile der Gesellschafter beziehen sich freilich nicht nur auf das Sondervermögen als Ganzes, sondern auch auf die einzelnen dazu gehörigen Gegenstände[83]). Doch können die Gesellschafter über ihre Anteile an dem Gesellschaftsvermögen und seinen Bestandteilen nicht verfügen, und das Recht, Teilung zu verlangen, steht ihnen nicht zu (§ 719 BGB.). Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft hat die Folge, daß sein Anteil den übrigen Gesellschaftern anwächst (§ 738 Satz 1 BGB.). Wie ferner die Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs durch Vertrag begründet wird (§ 705), so auch die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer durch den Rezeß; zum wenigsten trifft dies für den Geltungsbereich der altpreußischen Auseinandersetzungsgesetzgebung zu. Wegen des Gesellschaftszwecks (§ 705 BGB.) endlich ist auf das hierüber in der Entscheidung des Oberlandeskultur-gerichts vom 20. November 1903 Gesagte zu verweisen.

Allein auf der anderen Seite bestehen doch auch tiefgreifende Verschiedenheiten. Die für die Gesellschaft unabänderlich geltende Vorschrift, daß jeder Gesellschafter den Gesellschaftsvertrag kündigen kann (§ 723 BGB.), ist bei der auf die Dauer berechneten Auseinandersetzungsgemeinschaft unanwendbar. Ebenso ist die Verknüpfung des Anteilsrechts mit dem Eigentum an bestimmten Grundstücken dem Rechte der Gesellschaft wesensfremd. Begrifflich kann daher die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer als eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht angesehen werden. Auch praktisch würde mit einer solchen Annahme kaum etwas gewonnen sein.

X. Handlungen der Gemeinschaft der Auseinandersetzungsteilnehmer.

Zu Rechtshandlungen der gesamten Hand der Auseinandersetzungsteilnehmer bedarf es, da es an besonderen Vorschriften hier-

[83]) RGEntsch. Bd. 65 S. 231 ff.

Digitized by Google

über fehlt, des Zusammenwirkens, d. h. der Einstimmigkeit, aller

Das Oberverwaltungsgericht und das Oberlandeskulturgericht haben allerdings, wie oben angeführt wurde, angenommen, daß die Beteiligten ihre Angelegenheiten durch Mehrheitsbeschlüsse regeln könnten. Worauf sie diese Ansicht stützen, ist nicht ersichtlich. Die vom Oberlandeskulturgerichte, herangezogene „Analogie der Korporationen" kann nicht in Betracht kommen, da die Gesamtheit keine Körperschaft ist. Ebensowenig ist sie eine (nicht rechtsfähige) Genossenschaft; daher läßt sich auch aus diesem Gesichtspunkte die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen nicht rechtfertigen. Ferner kann diese nicht aus der zwischen den Beteiligten bestehenden Eigentumsgemeinschaft als solcher hergeleitet werden. Zwar läßt das Bürgerliche Gesetzbuch bei dem schlichten Miteigentume nach Bruchteilen in gewissen Grenzen Mehrheitsbeschlüsse der Miteigentümer zu (§§ 745, 1010 BGB.). Aber die Regeln der Gemeinschaft nach Bruchteilen sind nicht ohne weiteres auf das Eigentum zur gesamten Hand anwendbar. Sie sind ausdrücklich nur für die Gemeinschaft nach Bruchteilen erlassen (§ 741 BGB.).

Das Oberverwaltungsgericht verweist in der Entscheidung vom 20. September 1910 wegen der Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen auf seine frühere Entscheidung vom 2. Mai 1891 und fügt hinzu: „Die in diesem Urteil enthaltene Darlegung hat auch durch das Bürgerliche Gesetzbuch keine Änderung erlitten, da nach Art. 113 EGBGB. die landesgesetzlichen Vorschriften in Gemeinheitsteilungssachen bestehen geblieben sind." [84]) Demgegenüber wird man fragen müssen, welches denn jene einen Mehrheitsbeschluß zulassenden Vorschriften sind. Hierauf gibt weder die Entscheidung von 1910 noch die von 1891 eine Antwort. In Betracht kommen können nur die Vorschriften über die Wahrnehmung eines gemeinschaftlichen Interesses, d. h. die §§ 82 bis 85 der Verordnung vom 20. Juni 1817. Allein schon die Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887 stellt fest, daß diese Vorschriften nach Beendigung der Auseinandersetzung, wenn die Zuständigkeit der Auseinandersetzungsbehörde erloschen ist, nicht mehr anwendbar sind [85]). Dies bestätigt auch der grundlegende Satz 1 des § 82 a. a. O.:

[84]) OVGEntsch. Bd. 58 S. 84.

[85]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 21.

Digitized by Google

> Bei allen zum Ressort der Generalkommission gehörigen Angelegenheiten und den zu deren Regulierung gepflogenen Verhandlungen müssen sich die Teilhaber eines gemeinsamen Interesses, sofern von dessen Wahrnehmung im Verhältnisse gegen einen Dritten die Rede ist, dem Beschlusse der Mehrheit, nach der Größe der Anteile berechnet, unterwerfen.

Es handelt sich somit um Vorschriften, die nur für die von der Auseinandersetzungsbehörde geleiteten, zu deren „Ressort" gehörigen Angelegenheiten gelten und nur die Durchführung des Verfahrens erleichtern sollen. Überdies regeln sie nicht die Verwaltung der gemeinschaftlichen Interessen, sondern nur die Vertretung der Beteiligten nach außen, „gegen einen Dritten".

Hiernach läßt sich die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen nicht aufrecht erhalten. Indessen trifft dies nicht die unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts begründeten Auseinandersetzungsgemeinschaften. Denn die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über Mehrheitsbeschlüsse der Miteigentümer (I 17 §§ 12—24, 36—43) galten, wie anzunehmen sein dürfte, für alle Eigentumsgemeinschaften, also nicht nur für das Miteigentum nach Bruchteilen, sondern auch für das Miteigentum zur gesamten Hand. Für ersteres haben sie freilich nach Art. 173 EGBGB. ihre Geltung verloren. Für letzteres hingegen bestehen sie nach Art. 181 Abs. 2 a. a. O. noch fort [86]). Auseinandersetzungsgemeinschaften aus der Zeit vor dem Jahre 1900 können daher auch jetzt noch ihre Angelegenheiten auf Grund der angeführten Vorschriften durch Mehrheitsbeschlüsse regeln. Daß die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über das gemeinschaftliche Eigentum bei den Auseinandersetzungsgemeinschaften an sich anwendbar waren, scheint auch die Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes vom 2. April 1887 angenommen zu haben. Denn nachdem sie ausgeführt hat, daß es nach Beendigung der Auseinandersetzung „keine Möglichkeit mehr" gebe, „die Aufnahme einer Vollmacht mit der Wirkung herbeizuführen, daß die Vollmacht, selbst wenn sie von der Mehrzahl der Beteiligten vollzogen ist, auch für diejenigen verbindliche Kraft hat, welche ihren Beitritt nicht erklären oder verweigern", fügt sie hinzu: „Nur auf dem zeitraubenden Wege der gerichtlichen Klage würde die Zustimmung der letzteren zu dem Beschlusse der Mehrheit erzwungen werden können" [87]). Damit wird die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen grundsätzlich anerkannt.

[86]) Vgl. Habicht S. 410.

[87]) HH. 1887 StenBer. Bd. 2 S. 21.

Digitized by Google

Die rechtliche Hilflosigkeit, zu der die Auseinandersetzungsgemeinschaften von Hause aus verurteilt sind[88]), wird auf einen Schlag behoben, wenn nach dem Gesetze vom 2. April 1887 eine Verwaltung und Vertretung geregelt wird. In diesem Falle handelt für die gesamte Hand der Verwalter und Vertreter. Auf die Auseinandersetzungsteilnehmer braucht nicht mehr zurückgegriffen zu werden. Ja, sie werden überall, wo es auf das Gesamtrecht im Gegensatze zu dem Sonderrechte der Einzelnen ankommt, durch den Vertreter und Verwalter ausgeschlossen. Für eine Wirksamkeit der Beteiligten selbst ist, wie oben dargelegt wurde, neben dem Verwalter und Vertreter kein Raum mehr. Sogar ihre Sonderrechte können die Einzelnen nicht mehr im ordentlichen Rechtswege geltend machen, wenn sie durch Anordnungen des Verwalters oder durch eine Substanzverfügung des Vertreters beeinträchtigt werden[89]).

Für die gegenwärtige Untersuchung beschränkt sich das Interesse an der Verwaltungsregelung auf die Frage, welche Bedeutung sie für die rechtliche Natur der Gemeinschaft hat. Wäre die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer von Hause aus eine Genossenschaft, d. h. ein nicht rechtsfähiger Verein, so könnte vielleicht der obrigkeitliche Eingriff, der ihr eine geordnete Verwaltung und Vertretung gibt, als gleichbedeutend mit der Verleihung der Rechtsfähigkeit angesehen werden. Die Gesamtheit würde also die Eigenschaft einer Körperschaft, einer juristischen Person, erhalten. Die Gesamtheit ist indessen von Hause aus keine Genossenschaft, überhaupt kein als Personenmehrheit sich darstellendes Gebilde. Sie ist die personenrechtlich völlig ungeordnete Summe der Auseinandersetzungsteilnehmer. Nichts berechtigt auch zu der Annahme, daß hieran durch die Regelung grundsätzlich etwas geändert wird. Das einzige, was dadurch geändert wird, ist, daß die Ausübung der Rechte der gesamten Hand, wozu bisher einstimmiges Zusammenwirken der Beteiligten erforderlich war, auf ein bestimmtes Organ, nämlich den Verwalter und Vertreter, übergeht. Mehr ist auch mit dem Gesetze vom 2. April 1887 nicht beabsichtigt gewesen. Denn die Begründung zu dem Entwurfe des Gesetzes enthält nirgends eine Andeutung, daß die Auffassung von der rechtlichen Natur

[88]) Vgl. Kluckhuhn S. 174 ff. (178 ff.).

[89]) Vgl. einerseits § 6 Gesetz vom 2. April 1887 und dazu die Anführungen bei Holzapfel S. 31 (A. 3); andererseits § 4 desselben Gesetzes.

Digitized by Google

der Gesamthand als einer Mehrheit von bloß „Mitberechtigten und Mitverpflichteten" infolge der Regelung eine Änderung erfahre[90]).

XI. Grundbuchfragen.

Die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer, für die eine Vertretung nach dem Gesetze vom 2. April 1887 bestellt ist, kann als solche klagen und verklagt werden (§ 2 Abs. 2 a. a. O.). Ferner kann eine solche Gesamtheit im Grundbuch als Berechtigte eingetragen werden, ohne daß es der Bezeichnung der einzelnen Beteiligten bedarf (§ 4 Abs. 3 AllgVerf. zur GBO.). Für die bloß mit einer Verwaltung ausgestattete Gesamtheit gelten die angeführten Vorschriften nicht. Noch weniger finden sie auf eine Gesamtheit Anwendung, für die weder eine Verwaltung noch eine Vertretung geregelt ist.

Man hat gleichwohl behauptet, daß auch solche Gesamtheiten, für die keine Vertretung geregelt ist, im Grundbuch als Berechtigte, insbesondere als Eigentümerin der gemeinschaftlichen Anlagen, eingetragen werden könne, ohne daß die Auseinandersetzungsteilnehmer, die die Gesamtheit bilden, bezeichnet zu werden brauchten. Diese Ansicht ist, soviel ich sehe, zuerst von Meyn aufgestellt. Ferner sind ihr Spieß und Güthe beigetreten. Auch ich habe sie verteidigt[91]). Ich glaube indessen, sie nicht mehr aufrechterhalten zu können. Meyn begründet die Eintragungsfähigkeit der vertretungslosen Gesamtheit als solcher mit der schon wiedergegebenen Ausführung, daß sie eine „in sich geschlossene selbständige Personengemeinschaft . . . in dem Sinne einer deutschrechtlichen, von der zusammenhangslosen Summe einzelner Personen verschiedenen Personeneinheit" sei. Es ist schon oben darauf hingewiesen, daß diese Ausführung überhaupt kein klares Bild von dem inneren Bau der Gesamtheit gibt. Sie ist daher auch nicht geeignet, die Eintragungsfähigkeit zu rechtfertigen. Es kommt noch hinzu, daß das Recht keineswegs jeder Personeneinheit die Eintragungsfähigkeit verleiht. Es verweigert sie z. B. dem nicht rechtsfähigen Vereine, der doch auch eine Personeneinheit darstellt. Güthe sagt, die Gesamtheit sei „eine Gemeinschaft zur gesamten Hand, also eine selbständige Rechtspersönlichkeit". Aber die mit dem

[90]) HH. 1887, StenBer. Bd. 2 S. 21.

[91]) Meyn S. 717; Holzapfel, Grundbuchrecht S. 139 f.; Spieß S. 611; Güthe Bd. 2 S. 1356.

Digitized by Google

Wörtchen „also" eingeleitete Schlußfolgerung ist nicht richtig. Auch die Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes besitzt ihr Vermögen zur gesamten Hand, ohne doch eine selbständige und eintragungsfähige Rechtspersönlichkeit zu sein. Mit Recht bemerkt Kohler im Hinblick auf die offene Handelsgesellschaft: „Die Gesamthand würde niemals eine Eintragung ohne Benennung der Gesamthänder rechtfertigen" [92]). Ich selbst habe ausgeführt: das Gesetz vom 2. April 1887 erkenne der Gesamtheit nach Regelung einer Vertretung die Fähigkeit zu, Trägerin von Rechten zu sein; da jedoch die Regelung einer Vertretung nichts an den inneren rechtlichen Beziehungen der Gesamtheit ändere, so sei es nur folgerichtig, dieser die Fähigkeit, Trägerin von Rechten zu sein, und ebenso die Eintragungsfähigkeit auch dann zuzuerkennen, wenn sie keine gesetzlich geregelte Vertretung habe. Dabei habe ich auf eine Entscheidung des Kammergerichts hingewiesen, durch die den hannöverschen Realgemeinden die Eintragungsfähigkeit ebenfalls schon vor Einrichtung einer Verfassung nach dem Gesetze vom 5. Juni 1888 zugesprochen wird [93]). Bei dem Hinweis auf die hannöverschen Realgemeinden ist jedoch übersehen, daß diese von jeher als Körperschaften mit selbständiger rechtlicher Persönlichkeit anerkannt sind, während der Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer diese Eigenschaft fehlt. Die Behandlung der hannöverschen Realgemeinden kann also für die Behandlung der Gesamtheit nicht vorbildlich sein. Ferner trifft es zwar zu, daß es für die Rechtsfähigkeit oder Vermögensfähigkeit der Gesamtheit gleichgültig ist, ob sie eine Vertretung hat oder nicht. Aber die Gesamtheit, der hier die Fähigkeit zugesprochen wird, Trägerin von Rechten zu sein, ist doch in beiden Fällen nichts anderes wie die sprachliche Zusammenfassung der Auseinandersetzungsteilnehmer, denen das gemeinschaftliche Vermögen zur gesamten Hand zusteht. Dieses Gesamthandverhältnis für sich allein ist aber, wie oben dargelegt wurde, keineswegs ausreichend, um die Eintragungsfähigkeit der Gesamtheit als solcher zu begründen. Dazu bedarf es vielmehr noch eines Weiteren, nämlich der besonderen Verleihung der Eintragungsfähigkeit. Für eintragungsfähig erklärt ist aber ausdrücklich nur die Gesamtheit mit Vertretung § 4 Abs. 3 AllgVerf. zur GBO.), nicht die Gesamtheit, der eine solche fehlt. Diese ist daher auch nicht eintragungsfähig. Es verhält sich

[92]) Kohler S. 239.
[93]) KG. vom 24. Januar 1898 (KGJ. Bd. 17 S. 60).

Digitized by Google

hiermit ähnlich wie mit der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechtes (§§ 705 ff. BGB.) und der offenen Handelsgesellschaft. Beide stimmen in ihrem Wesen überein; auch die offene Handelsgesellschaft ist eine Gesellschaft im Sinne der §§ 705 ff. BGB. (§ 105 Abs. 2 HGB.). Gleichwohl ist die Eintragungsfähigkeit in dem hier gemeinten Sinne nur der offenen Handelsgesellschaft verliehen (§ 124 HGB.; vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 AllgVerf. zur GBO.), während sie der Gesellschaft im allgemeinen anerkanntermaßen fehlt.

Man wird daher dem Kammergerichte sowie Predari und Kluckhuhn zustimmen müssen, die die Eintragung der Gesamtheit ohne Bezeichnung der einzelnen Anteilsberechtigten nur zulassen wollen, wenn für sie eine Vertretung geregelt ist[94]).

Eine andere Frage ist aber, in welcher Weise bei der Gesamtheit ohne Vertretung die einzelnen Auseinandersetzungsteilnehmer zu bezeichnen sind. In dieser Beziehung ist auf das oben über die Grundgebundenheit der Anteilsrechte Gesagte zu verweisen. Danach sind die Auseinandersetzungsteilnehmer nicht für ihre Person, sondern nur als Eigentümer bestimmter Grundstücke, in der Regel der Abfindungsgrundstücke, anteilsberechtigt. Demgemäß dürfen sie denn auch im Grundbuche nicht namentlich aufgeführt werden, sondern aufzuführen sind die Eigentümer der Landabfindungen als solche[95]). — Von untergeordneter Bedeutung ist die Frage, ob das Anteilsrecht gemäß § 8 GBO. auch auf den Blättern der berechtigten Grundstücke, d. h. der Abfindungsgrundstücke, „vermerkt" werden darf. Güthe verneint diese Frage, weil „mit dem Eigentum an den einzelnen Abfindungsgrundstücken nicht ein Nutzungsrecht an den gemeinschaftlichen Grundstücken, sondern nur die Zugehörigkeit zu der Gemeinschaft verbunden" sei, „diese Zugehörigkeit aber nicht als ein Recht im Sinne des § 96 BGB. aufgefaßt werden" könne. Ähnlich äußert sich Kluckhuhn[96]). Ich möchte demgegenüber an meiner entgegengesetzten Ansicht festhalten, die auch Spieß und Oberneck vertreten[97]). Ein Recht im Sinne des § 96 BGB.

---

[94]) KG. vom 31. Oktober 1904 (KGJ. Bd. 29 S. 126); Predari S. 561, 620; Kluckhuhn S. 154 f.

[95]) S. oben Anm. 21. Die dort angeführte Entscheidung des Kammergerichts macht nähere Angaben über die Fassung der Eintragung und die Bezeichnung des Anteilsverhältnisses der einzelnen Gesamthandeigentümer.

[96]) Güthe Bd. 2 S. 1356 f.; Kluckhuhn S. 161.

[97]) Holzapfel, Grundbuchrecht S. 143; Spieß S. 613; Oberneck Bd. 1 S. 70 f.

Digitized by Google

wäre das Anteilsrecht des Einzelnen doch wohl selbst dann, wenn es sich als Teilnahme an einer personenrechtlichen Gemeinschaft darstellte. Denn seinem Hauptinhalte nach ist doch diese Teilnahme eine Teilnahme an Rechten, und auf die Art der Berechtigung kommt es bei § 96 a. a. O. nicht an: auch rein persönliche und sogar öffentliche Rechte fallen unter § 8 GBO.[98]). Aber wie oben dargelegt wurde, ist die Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer gar kein personenrechtliches Gebilde, sie ist lediglich die sprachliche Zusammenfassung einer Mehrheit von Berechtigten. Das, was den Eigentümern der Abfindungsgrundstücke als solchen zusteht, sind also Rechte, auf die § 96 BGB. ohne weiteres anwendbar ist. Daß diese Rechte auf einer Gemeinschaft zur gesamten Hand beruhen, ist hierbei ohne Bedeutung, ebenso, daß mit den Rechten auch gewisse Verpflichtungen (Unterhaltungspflichten) verbunden sind.

XII. Gemeinschaftliche Anlagen im engeren Sinne.

Die bisherige Erörterung hat sich nur mit den gemeinschaftlichen Wegen und Gräben beschäftigt. Wenn von gemeinschaftlichen Anlagen die Rede war, so wurde dabei nur an Wege- und Grabenanlagen gedacht. Bei den Auseinandersetzungen werden aber vielfach noch andere gemeinschaftliche Anlagen ausgewiesen, die man wohl — im Gegensatze zu den Wegen, Triften und Gräben — als gemeinschaftliche Anlagen im engeren Sinne bezeichnet hat[99]). Dahin gehören: Trankstätten und andere Wassergrundstücke[100]), Lehm-, Sand-, Kalk-, Mergel- und Kiesgruben, Steinbrüche[101]), Viehtummelplätze und Jungviehweiden[102]),

---

[98]) RGEntsch. Bd. 74 S. 402; Begründ. zum I. Entwurf des BGB. Bd. 3 S. 60.

[99]) Ztschr. Bd. 39 S. 167.

[100]) § 98 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821; § 16 Abs. 2 GemTeilOrdn. vom 19. Mai 1851 (Rheinprovinz und Neuvorpommern) und dessen Nachbildungen. Vgl. auch KG. vom 10. Dezember 1913 (KGJ. Bd. 45 S. 213 f.).

[101]) § 99 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821; § 16 Abs. 3 GemTeilOrdn. vom 19. Mai 1851 (Rheinprovinz und Neuvorpommern) und dessen Nachbildungen. Kiesgruben erwähnt nur § 26 Abs. 3 GemTeilOrdn. vom 23. Mai 1885 (Hohenzollern).

[102]) Vgl. LandwMinErl. vom 12. Mai 1911.

Digitized by Google

Bullenwiesen [103]), sonstige Weideplätze [104]), Holzungen [105]).

Derartige Anlagen können den Auseinandersetzungsteilnehmern oder einer Gruppe von ihnen zu schlichtem Miteigentume nach Bruchteilen überwiesen sein, ohne daß die Miteigentumsanteile zu anderen Grundstücken der Miteigentümer in ein besonderes rechtliches Verhältnis gesetzt sind [106]). In diesem Falle unterstehen sie in allen ihren rechtlichen Beziehungen dem gemeinen Rechte und scheiden für die vorliegende Betrachtung aus. Der Anteil des Einzelnen hat hier die Stellung einer Landabfindung, nur daß diese nicht in Form von Sondereigen, sondern in Form eines Miteigentumsanteils gewährt ist.

Eine Entscheidung des Oberlandeskulturgerichts vom 16. August 1912 [107]) scheint anzunehmen, daß dieses Rechtsverhältnis bei den gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne die ausnahmslose Regel bilde. Es handelte sich um eine Ochsenwiese, eine Sandgrube, eine Schafwäsche mit Viehtränke und zwei Bauplätze. Die Begründung bemerkt: die Anteile der Einzelnen an diesen Grundstücken seien zwar im Sinne des früheren preußischen Rechtes Zubehör ihrer (bäuerlichen) Wirtschaften; aber im Gegensatze zu den Anteilen an den Wegen und Gräben seien sie nicht „subjektiv dinglich", es handele sich vielmehr um „Miteigentum". Im Gegensatze hierzu verficht Kluckhuhn die Ansicht, daß auch die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne in rechtlicher Beziehung stets ebenso zu beurteilen seien, wie die gemeinschaftlichen Wege und Gräben [108]). Auf dem gleichen Standpunkte steht anscheinend auch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts. Denn die oben in anderem Zusammenhange erwähnten Entscheidungen dieses Gerichtshofs sprechen die darin enthaltenen Grundsätze für die gemeinschaftlichen Anlagen schlechthin aus. Ferner ist eine Entscheidung des Kammergerichts zu erwähnen, in der angenommen wird, die Anteile an einem im Auseinandersetzungsverfahren ausgewiesenen gemeinschaftlichen See ständen den Berechtigten nicht für ihre Person, sondern in ihrer Eigenschaft als Eigen-

[103]) Ztschr. Bd. 34 S. 374, Bd. 39 S. 162.

[104]) Holzapfel, Das Gesetz vom 2. April 1887 S. 7 f.; Ztschr. Bd. 39 S. 54, 335.

[105]) Holzapfel, Das Gesetz vom 2. April 1887 S. 8; Ztschr. Bd. 39 S. 335.

[106]) Peltzer S. 104; KG. vom 9. November 1896 (KGJ. Bd. 16 S. 60).

[107]) Ztschr. Bd. 39 S. 164 ff.

[108]) Kluckhuhn S. 107 ff.

Digitized by Google

tümer der Abfindungspläne zu, und wo die zwischen den Berechtigten bestehende Rechtsgemeinschaft als „Gesamthandschaft" bezeichnet wird [109]).

Von den beiden sich gegenüberstehenden Auffassungen wird man der des Oberlandeskulturgerichts am wenigsten zustimmen können. Grundsätzlich verfehlt ist es schon, wenn die Entscheidung vom 16. August 1912 die Begriffe „Miteigentum" und „subjektiv dinglich" zueinander in Gegensatz stellt. Aus dem oben Ausgeführten ergibt sich, daß selbst dann, wenn das Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an den gemeinschaftlichen Wegen und Gräben schlichtes Miteigentum nach Bruchteilen wäre, die Annahme Platz greifen müßte, daß die Miteigentumsanteile grundgebunden, d. h. mit dem Eigentum an den Abfindungsgrundstücken verknüpft sind. Der vom Oberlandeskulturgericht angenommene begriffliche Gegensatz besteht also gar nicht. Ferner übersieht die Entscheidung, daß sich unter den Anlagen, um die es sich handelte, auch eine Viehtränke befand. Auf solche finden aber nach § 98 GemTeilOrdn. vom 7. Juni 1821 dieselben §§ 95, 96 das. Anwendung, die für Wege und Gräben gelten, und aus denen die Entscheidung die besondere Behandlung der Wege und Gräben rechtfertigt. Es hätte daher zum wenigsten des Nachweises bedurft, weshalb die hier in Betracht kommende Viehtränke eine andere Behandlung erforderte. Vor allem aber ist es nicht richtig, daß die Anteile an den gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne niemals grundgebunden seien. Man wird vielmehr umgekehrt sagen müssen, daß die Grundgebundenheit die Regel bilde.

Das Gesetz vom 2. April 1887 macht keinen Unterschied zwischen Wegen und Gräben auf der einen Seite und gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne auf der anderen Seite. Es spricht nur von gemeinschaftlichen Anlagen schlechthin. Alles, was aus diesem Gesetz oben für die Wege und Gräben gefolgert ist, gilt daher auch für die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne. Die Entscheidung vom 16. August 1912 bemerkt zwar gegenüber dem Hinweis auf das Gesetz vom 2. April 1887: die Annahme, daß die Teilnahmerechte an den gemeinschaftlichen Anlagen „mit den nach dem Rezesse teilnahmeberechtigten Flächen unlösbar verbunden seien", finde in dem geltenden Rechte keine Stütze, sei auch wirtschaftlich nicht geboten und bedeute in vielen Fällen eine ungerecht-

[109]) KG. vom 10. Dezember 1913 (KGJ. Bd. 45 S. 213 ff.).

Digitized by Google

fertigte Erschwerung des Güterverkehrs. Damit geht sie aber über jenen Hinweis nur hinweg, sie entkräftet ihn nicht. Jedenfalls beachtet sie nicht die Tatsache, daß das Gesetz vom 2. April 1887 die Anteile an allen gemeinschaftlichen Anlagen als grundgebunden behandelt, ja, daß es nichtgrundgebundene Anteile überhaupt nicht kennt.

Allerdings ist schon oben betont worden, daß die gemeinschaftlichen Anlagen nicht auf Grund des Gesetzes vom 2. April 1887, sondern auf Grund der Gemeinheitsteilungs- und Zusammenlegungsgesetze entstanden sind, und daß daher in erster Linie diese über die an den Anlagen bestehenden Rechtsverhältnisse entscheiden. Zugleich wurde aber auch dargelegt, daß das Gesetz vom 2. April 1887 in dieser Beziehung nicht etwa neue Rechtssätze für die Anlagen aufstellt, sondern nur die schon in der Gemeinheitsteilungsgesetzgebung enthaltenen Rechtssätze wiederholt und näher entwickelt. Dies ist oben für die Wege und Gräben nachgewiesen. Es gilt aber auch für die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne.

Die Gemeinheits-Teilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821 erwähnt zwar außer den Gewässern und Trankstätten (§ 98) nur Lehm-, Sand-, Kalk- und Mergelgruben, Kalk- und andere Steinbrüche, und auch diese nur als solche, die schon vor der Auseinandersetzung als gemeinschaftlich benutzte vorhanden waren und zur weiteren gemeinschaftlichen Benutzung vorbehalten werden sollen (§ 99). Bestimmungen über die Aufbringung neuer derartiger Anlagen und ihre Unterhaltung fehlen. Weiter gehen jedoch die neueren Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen. Der § 16 Abs. 4 der Gemeinheits-Teilungs-Ordnung vom 19. Mai 1851, der in allen späteren Gemeinheitsteilungs- und Zusammenlegungsgesetzen wörtlich wiederholt ist, lautet:

> Die zur Herstellung und Unterhaltung aller dieser Anlagen zu machenden Verwendungen sind von allen Beteiligten nach Verhältnis ihrer Teilnehmungsrechte aufzubringen.

Diese Bestimmung, die für die im § 16 angeführten Wege und Gräben und die daselbst angeführten gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne gemeinsam getroffen ist, spricht zwar ebenfalls nicht ausdrücklich von der Neuausweisung solcher Anlagen, aber sie setzt sie stillschweigend voraus. Denn anders ist es doch nicht zu verstehen, wenn hier die Herstellung, d. h. die Ausweisung und die Instandsetzung, aller dieser Anlagen geregelt wird. Die Rechtsübung hat denn auch, und zwar nicht nur im Gebiete der neueren

Digitized by Google

Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen, sondern auch im Gebiete der Gemeinheits-Teilungs-Ordnung vom 7. Juni 1821, niemals Bedenken getragen, gemeinschaftliche Anlagen im engeren Sinne neu auszuweisen und hierbei genau so zu verfahren, wie bei der Regulierung der Wege und Gräben. Was schließlich die Frage betrifft, welche Anlagen neu ausgewiesen werden können, so nötigt nichts, bei den im Gesetze namentlich angeführten stehen zu bleiben. Das Gesetz hat sicher nicht die Absicht gehabt, alle in Betracht kommenden Einrichtungen aufzuzählen. Bei dem nach Ort und Zeit wechselnden wirtschaftlichen Bedürfnis und den fast unbegrenzten Möglichkeiten, die die verschiedenen Gemarkungen bieten, wäre es dazu auch gar nicht imstande gewesen. Im § 1 des Gesetzes vom 2. April 1887 ist nach Aufzählung der geläufigsten Anlagen hinzugefügt „und Ähnliches". Es wäre ein überängstliches, sachlich völlig ungerechtfertigtes Kleben am Buchstaben, wenn man aus dem Fehlen eines solchen Zusatzes in den Gemeinheits-Teilungs-Ordnungen folgern wollte, daß diese sich auf die Regelung der von ihnen namhaft gemachten Anlagen beschränken wollten.

Darin freilich unterscheiden sich die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne von den Wegen und Gräben, daß die Beteiligten keinen gesetzlichen Anspruch auf ihre Neuausweisung haben. Aber das Fehlen eines gesetzlichen Zwanges in dieser Beziehung ist für die Frage, wie die Rechtsverhältnisse an den Anlagen gestaltet seien, völlig belanglos. Es ist nicht recht verständlich, weshalb die oben angeführte Entscheidung diesem Punkte irgend welches Gewicht beilegt.

Die Grundstücke, mit deren Eigentume die Anteilsrechte verknüpft sind, sind auch hier im Zweifel die Abfindungsländereien. Allerdings wurde hinsichtlich der Wege und Gräben oben dargelegt, daß diese in den engsten wirtschaftlichen Beziehungen zu den Abfindungsgrundstücken stehen, und gerade hieraus wurde die Forderung hergeleitet, daß entsprechend auch das rechtliche Verhältnis gestaltet sein müsse. Es liegt daher die Frage nahe, ob etwas Ähnliches auch von den gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne gilt.

Für einen Teil dieser Anlagen ist die Frage ohne weiteres zu bejahen. Mergelgruben, deren Ausbeute zur Mergelung der Abfindungsländereien bestimmt ist, Tränkstätten, die dem auf den Abfindungsländereien weidenden Vieh zur Tränke dienen, Schutzwaldungen, die zum Schutze der Abfindungsländereien gegen Wit-

Digitized by Google

terungsschäden angelegt sind, stehen in ebenso engen wirtschaftlichen Beziehungen zu jenen Ländereien wie die Wege und Gräben. Dasselbe gilt von Steinbrüchen sowie von Sand-, Kies- und Lehmgruben, deren Ausbeute zur Unterhaltung der Wege und Gräben oder der zu ihnen gehörenden Bauwerke (Brücken, Durchlässe usw.) bestimmt ist. Allerdings sind diese Anlagen zur Bewirtschaftung der Abfindungsländereien nicht alle in gleichem Grade notwendig. Wege sind ohne Zweifel wichtiger als Mergelgruben. Aber darauf kann es nicht entscheidend ankommen. Unbedingt notwendig sind nicht einmal selbständige Wege; in nicht zusammengelegten Gemarkungen behilft man sich noch heute mit Überfahrten. Es genügt, daß die Anlagen zu den Abfindungsländereien unmittelbar oder mittelbar in dem Verhältnisse von Zweckgrundstücken stehen. Da sie dies ebenso tun wie die Wege und Gräben, so besteht nicht das geringste Bedenken, die Anteilsrechte an ihnen und überhaupt ihre rechtlichen Verhältnisse ebenso zu beurteilen wie die an den Wegen und Gräben.

Bei anderen Anlagen sind die Beziehungen zu den Abfindungsländereien entfernter, sie scheinen oft ganz zu fehlen. Lehm, Sand, Kies und Steine dienen nicht nur zur Befestigung von Wegen und Gräben, sondern finden auch Verwendung zur Herstellung und Unterhaltung von Baulichkeiten. Jungviehweiden, Viehtummelplätze, Bullenwiesen dienen der Viehzucht der Beteiligten im allgemeinen; eine Beziehung auf bestimmte, zu der Wirtschaft der Beteiligten gehörende Grundstücke ist wenigstens auf den ersten Blick nicht erkennbar. Trotzdem ist es unleugbar, daß auch in diesen Fällen die Eigentumsanteile an den Anlagen in bestimmten Beziehungen zu den Abfindungsländereien der Anteilsberechtigten stehen. Da die Anlagen, wie hier vorausgesetzt wird, nach Verhältnis des Wertes der Teilnahmerechte aufgebracht sind, so bestimmt sich die Größe der Anteile ebenfalls nach dem Werte der Teilnahmerechte und folglich auch, da die Landabfindungen den Teilnahmerechten entsprechen, nach dem Werte der Landabfindungen. Nach dem gleichen Verhältnis ist ferner gemäß § 6 Abs. 3 des Gesetzes vom 2. April 1887, aber auch nach § 16 Abs. 4 der GemTeilOrd. vom 19. Mai 1851 und seinen Nachbildungen die Last der Unterhaltung zu verteilen. Dies alles nötigt freilich noch nicht, die Anteilsrechte an den hier in Rede stehenden Anlagen als grundgebunden und mit dem Eigentum an den Abfindungsländereien verknüpft anzusehen. Auf der anderen Seite aber steht einer solchen

Digitized by Google

Verknüpfung auch nicht entgegen, daß für den Umfang des Benutzungsrechts der Anteilsberechtigten nicht das Bedürfnis der Abfindungsländereien, wenigstens dieses nicht allein, maßgebend ist. Das Anteilsrecht an einem Steinbruche kann auch in der Weise mit dem Eigentum an den Landabfindungen verknüpft sein, daß deren jeweilige Eigentümer für ihre Gehöfte ihren vollen Bedarf an Steinen brechen dürfen, ohne Rücksicht darauf, daß von dem Gehöft aus auch noch andere Grundstücke wie die Abfindungsländereien bewirtschaftet werden.

Dagegen spricht für die grundsätzliche Annahme, daß auch die Anteilsrechte an den hier in Rede stehenden Anlagen grundgebunden seien, folgende Erwägung. Die Gesamtheit der bei einer Auseinandersetzung ausgewiesenen gemeinschaftlichen Anlagen — Wege, Gräben, Tränkstätten, Vorratsgruben, Steinbrüche, Weideflächen usw. — bildet ein gemeinschaftliches Vermögen, das von den Beteiligten nach einem einheitlichen Maßstab aufgebracht ist, ihnen in einem einheitlichen Anteilsverhältnisse zusteht und von ihnen nach einheitlichem Maßstabe zu unterhalten ist. Es ist eine sich von selbst aufdrängende Forderung, daß diese Vermögensmasse auch in anderen, also in allen Beziehungen einheitlichen Regeln untersteht. Fragt man, welche Regeln dies sind, so kann die Antwort nur lauten: die für die Hauptmasse der Anlagen geltenden Regeln. Die Hauptmasse des gemeinschaftlichen Vermögens bilden aber die Wege und Gräben. Diesen gegenüber treten die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne nach Zahl und Bedeutung weit zurück, sie sind nur ein kleiner Nebenbestandteil, der sich den Rechtsverhältnissen des Ganzen unterordnet.

Man wird hiernach zu dem Ergebnisse kommen müssen, daß alles, was oben über die Wege und Gräben gesagt ist, grundsätzlich auch von den gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne gilt. Insoweit ist also Kluckhuhn zuzustimmen. Nur darin geht dieser Schriftsteller zu weit, daß er die gemeinschaftlichen Anlagen im engeren Sinne unter allen Umständen den Wegen und Gräben gleichstellt. In dieser Beziehung ist auf das im Eingange Gesagte zu verweisen. Hier mag noch hinzugefügt werden, daß es nicht einmal bei den Wegen und Gräben ausgeschlossen ist, daß einzelne dieser Anlagen nach den Grundsätzen des schlichten Miteigentums nach Bruchteilen reguliert sind.

Digitized by Google

III.

Die Kommunalverfassung des Preußischen Markgraftums Oberlausitz.

Bemerkungen zu dem die gleiche Überschrift tragenden Aufsatze des Herrn Universitäts-Professors Dr. Conrad Bornhak in Berlin Bd. 23 S. 426—433 dieser Zeitschrift von Herrn Geheimen Regierungsrat Hugo Rietzsch zu Görlitz.

In einem Schreiben an den Herrn Verfasser des vorstehend bezeichneten Aufsatzes sprach ich unter Hinweis auf meine ständischen Ämter in der Oberlausitz und mit dem Ausdrucke der Hoffnung auf eine gelegentliche mündliche Erörterung aus, daß wir Oberlausitzer und namentlich wir in der Ständischen Oberlausitzer Verwaltung Tätigen aufrichtige Freude empfänden, wenn auch der Oberlausitz Fernerstehende sich für unseren Landesteil, seine Sonderverfassung und Sondereinrichtungen interessieren und darüber historische und wissenschaftliche Untersuchungen anstellen. Insbesondere begrüßten wir es lebhaft, daß die Hundertjahrfeier der Zugehörigkeit unseres Landesteils zur Hohenzollern-Monarchie — die Seine Majestät der König als Markgraf der Oberlausitz gnädigst zum Anlaß Allerhöchster Verleihung Seines Ölbildes für den Ständehaussaal genommen hatte, die die Oberlausitzer Stände in der ernsten Kriegszeit aber nur in kriegsgemäß schlichtem Rahmen unter vorläufiger Abstandnahme von der geplanten, die ständische Verwaltungstätigkeit erweiternden Stiftung begehen durften, — zu Veröffentlichungen in angesehenen Zeitschriften aus angesehener Feder Anlaß geboten habe.

Diese aufrichtige Befriedigung durfte aber nicht dazu führen, gewisse Annahmen, Angaben und Urteile in dem sonst sehr wert-

Digitized by Google

vollen Professor Bornhakschen Aufsatze, die die Ständische Verwaltung des Preußischen Markgraftums Oberlausitz auf Grund ihrer Aktenkenntnis für nicht zutreffend erachtete, unwidersprochen zu lassen. Die dieserhalb dem Herrn Verfasser übermittelten Bemerkungen werden mit dessen Einverständnis auf Anregung der Schriftleitung des Verwaltungsarchivs in Folgendem etwas erweitert wiedergegeben.

1. Nicht von einem „Gegensatze von Stadt und Land", wie es auf S. 430 heißt, dürfte zu sprechen sein, sondern von einem Nebeneinanderbestehen von Kommunal-Landtags-Beratungsgegenständen, die für das Land und die für die Städte oder die für beide Teile Interesse haben. Dieses Nebeneinanderbestehen war eine Zeitlang, aber nur äußerlich, nie in den Abstimmungs-Ausschließungen, „verblaßt". Äußerlich dadurch, daß der Unterschied in den Überschriften der Propositionen für den Oberlausitzer Kommunal-Landtag nicht immer streng gemacht wurde. Dies hatte zumeist in dem bei der Arbeitsüberhäufung vor den Landtagen erklär- und entschuldbaren Versehen des expedierenden Bureaubeamten, der die Überschriften zu dem von zuständiger Stelle ausgearbeiteten Wortlaute für den Druck oder die Reinschrift hinzuzusetzen hatte, seinen Grund. Im letzten Jahrzehnte sind auch in den Überschriften die Landtagspropositionen wieder vorschriftsgemäß streng auseinandergehalten worden, jenachdem sie für das Land oder die Städte oder für Land und Städte bestimmt waren.

Die an die irrige Annahme geknüpften Folgerungen S. 430 erledigen sich daher.

2. Ebenso beruht die Annahme, daß kein einheitlicher Haushaltsplan bestehe (S. 430—431), auf Irrtum oder irgendwelchem Mißverständnisse. Alljünfjährlich setzt der Landtag den Etat der Ständischen Landsteuerkasse, der die Verwaltungs-Einnahmen und -Ausgaben der ersten Abteilung des Ständischen Landsteueramts sowohl als der mit der Verwaltung der Oberlausitzer Provinzial-Hauptsparkasse betrauten zweiten Abteilung enthält, für fünf Etatsjahre fest. Außerdem wird nur für die Kommunalständische Bank für die Preußische Oberlausitz noch ein Sonderetat auf dem Kommunallandtag alljährlich beraten und festgesetzt. Die Stiftungs- und Stipendienfonds haben und bedürfen keinen Haushaltsplan, weil die Zinseneinnahmen und die Verausgabungen feststehen, immer wiederkehren und sich so gut wie gar nicht verändern.

3. Die drei größeren ständischen Institute werden gesondert

Digitized by Google

durch eigene Kuratorien, Direktionen oder Vorstände verwaltet. Das älteste davon, die 1830 gegründete Oberlausitzer Provinzial-Sparkasse, ist ebenso wie die anderen beiden unter der Garantie der Oberlausitzer Landstände bezw. Kommunalstände errichtet und untersteht — abweichend von den anderen preußischen öffentlichen Sparkassen, die der zuständige Regierungspräsident beaufsichtigt, — der staatlichen Aufsicht des Oberpräsidenten von Schlesien, der für den Oberlausitzer Kommunal-Landtag und damit für die ganze ständische Verwaltung als Königlicher Kommissar fungiert. Nicht zutreffend ist, daß der Beteiligungs- und Überschüsse-Anteilüberweisungs-Anspruch der Stadt Görlitz 1907 den Anlaß oder Beweggrund in dem Zeitpunkte des Abwerfens erheblicher Überschüsse der Provinzial-Sparkasse gehabt (S. 431). Diese — übrigens stets gemeinnützigen, öffentlichen Zwecken und dadurch mittelbar den Sparern wieder zu gute kommenden — Überschüsse, von denen freiwillig oft bis zu 20 % gemeinnützigen, öffentlichen und wohltätigen Anstalten, Einrichtungen, Vereinen usw. speziell in der Stadt Görlitz gespendet wurde, und die vom Ablaufe des ersten Existenz-Vierteljahrhunderts ab regelmäßig erwuchsen, sind nicht erst nach 1900 erheblich geworden. Der Beweggrund zu der Erhebung des Anspruchs, dessen Nichtberechtigung jedem mit der Oberlausitzer Spezialgesetzgebung und der aktenmäßigen Geschichte der ständischen Institute Vertrauten über jeden Zweifel erhaben war, dürfte wohl lediglich der gewesen sein, die Frage prinzipiell einmal zur Entscheidung aller verfassungsgemäß zulässigen Instanzen zu bringen. Das von Herrn Professor Dr. Bornhak damals für die Stadt Görlitz abgegebene Gutachten, aus dem reichlich fünf Seiten des Aufsatzes in dieser Zeitschrift wörtlich übernommen sind, wurde mir als Landsyndikus des Preußischen Markgraftums Oberlausitz und Dirigenten des mit der Verwaltung der Oberlausitzer Provinzial-Hauptsparkasse statutengemäß betrauten Ständischen Landsteueramts sowie dem zugleich als Sparkassen-Justitiar fungierenden Ständerat zu Görlitz seinerzeit zur Gegenbegutachtung vorgelegt. Und unsere übereinstimmenden, auf Aktenkenntnis beruhenden, den Auffassungen des Gutachters der Stadt Görlitz in der Hauptfrage wie auch sonst mehrfach entgegentretenden Ausführungen sind in allen drei Instanzen als zutreffend anerkannt worden.

Die vorangeführten drei größeren ständischen Oberlausitzer Institute sind folgende. Die zu dem Zwecke der Unterstützung von Handel, Gewerbe und Landwirtschaft durch gewerbsmäßigen Bank-

Digitized by Google

geschäftsbetrieb 1866 begründete „Kommunalständische Bank für die Preußische Oberlausitz", die durch die Erlasse der vier zuständigen Minister vom 17./19. Dezember 1899 gemäß Art. 85/76 des Gesetzes vom 20. September 1899 als Hinterlegungsstelle für sicherzustellendes Vermögen in bestimmten gesetzlichen Fällen und zur Anlegung von Mündelgeld neben die Reichsbank, die Preußische Staatsbank (Seehandlung) und andere öffentliche Preußische Bankanstalten gestellt ist, und deren Reinerträge ausschließlich gemeinnützigen, d. h. öffentlichen, dem gemeinen Nutzen dienenden Zwecken zugeführt werden. Ferner die obenerwähnte „Oberlausitzer Provinzial-Sparkasse", die in erster Linie für die 9 Städte der Preußischen Oberlausitz bestimmt war, dann auch in ländlichen Ortschaften der Oberlausitz Nebensparkassen errichtet hat, zurzeit 57 Nebensparkassen neben der Hauptsparkasse in Görlitz und über 100 Millionen Mark Bestände hat. Und drittens die „Hilfskasse für den kommunalständischen Verband der Preußischen Oberlausitz", die für Kirchen-, Schul-, Kreis-, Meliorations- usw. Kreditzwecke wertvolle Dienste leistet. (Das Kreditinstitut für die Preußische Ober- und Niederlausitz mit Pfandbriefsausgaberecht mag unbetont bleiben, da es nach der 1827 erfolgten Eingliederung der Preußischen Oberlausitz in die Schlesische Landschaft, die die Oberlausitzer Stände durch Hergabe eines Kapitals förderten und ermöglichten, die Bepfandbriefung von Rittergütern und Rustikalgrundstücken freiwillig der ein Glied der Schlesischen Landschaft bildenden nunmehrigen Görlitzer Fürstentums-Landschaft überließ.)

Zu den übrigen Oberlausitzer ständischen Verwaltungszweigen gehören: die Ständischen Waisenanstalten zu Reichenbach O.-L. und Markliffa; die Oberlausitzer Rettungshäuser zu Görlitz und Reichenbach O.-L.; das Ständische Siechenhaus zu Niesky O.-L.; Unterstützungsfonds für hilfsbedürftige emeritierte evangelische Geistliche und für hilfsbedürftige Witwen und Waisen verstorbener evangelischer Geistlichen der Preußischen Oberlausitz; das Ständische Kuratorium für das evangelische Schullehrer-Seminar in Reichenbach O.-L.; die Angelegenheiten des weltadligen Fräuleinstifts Joachimstein (zusammen mit den Ständen des Sächsischen Markgraftums Oberlausitz) und des Oberlausitzer Fräuleinstifts; Stiftungen; Stipendien; Prämiierung von Dienstboten und landwirtschaftlichen Arbeitern; Beihilfen bei land- und forstwirtschaftlichen Betriebsunfällen und bei Schadensersatzansprüchen aus der Haftpflicht. Endlich die gesamte Kassenführung und Depositalverwaltung der Land-

Digitized by Google

steuerkasse, des Landsteuerkassen-Reservefonds, der reichlich 30 Stiftungen sowie des Landtags-Dispositionsfonds, aus dem jetzt alljährlich im Umfange von rund 150 000 ℳ Zuwendungen bewilligt werden an mehr als hundert Gemeindepflege- bezw. Diakonissen-Stationen, Kinderheime, Krüppelheim, Kleinkinderschulen, Kranken- und Siechenhäuser, Heilstätten, für Anstaltspflege Geisteskranker und Idioten, Talsperren und andere öffentliche Wohlfahrtszwecke in der Oberlausitz. In den beiden Kriegsjahren erhöhten sich durch Förderung besonderer Kriegswohlfahrtszwecke (Teilnahme an der Ausstattung und Unterhaltung des Vereinslazarettzugs J2 Görlitz/Preuß. Oberlausitz; Kriegsverletzten-Fürsorge in der Oberlausitz; Beiträge zu Rote-Kreuz-Sammlungen verschiedener Art) die Zuwendungen aus diesem Fonds auf jährlich annähernd 200 000 Mark.

Abgesehen von den 37 Landtagsmitgliedern und 29 Stellvertretern besteht das Personal, das die ständischen Amtsgeschäfte leitet, bearbeitet und unterstützt, aus 11 oberen, 53 mittleren und Unterbeamten, 55 Nebensparkassen-Rendanten und rund 50 Funktionären, insgesamt 169 außer den Landtagsmitgliedern.

Die Bemerkung auf S. 431 dieser Zeitschrift über den beschränkten Verwaltungsumfang des Oberlausitzer Kommunalverbandes (außer Bank und Sparkasse eine Reihe von Fonds für Stiftungen und Stipendien) trifft also nicht zu.

4. Ebensowenig, daß die Verwaltung der Kommunalangelegenheiten durch die Direktorialdeputation erfolge (vorletzter Absatz S. 431). Die Verwaltung leitet der „Landeshauptmann und Landesälteste des Preußischen Markgraftums Oberlausitz", als verfassungsmäßiger Vertreter der Oberlausitzer Stände. Die ständischen Einzelinstitute haben gesonderte Vorstände und ihre Amtsräume teils im Ständehause teils in einem zweiten eigenen Oberlausitzer Ständischen Amtsgebäude. Als weitere Haupt-Dienststelle besteht im Ständehause das Ständische Landsteueramt, dessen Erste Abteilung die obenangeführten übrigen Verwaltungszweige bearbeitet, während der Zweiten Abteilung, wie betont, die Verwaltung der Oberlausitzer Provinzial-Sparkasse sowie das ständische Obligationenwesen zugewiesen ist. Alles dem alljährlich zusammentretenden Oberlausitzer Kommunal-Landtage Vorbehaltene wird auf diesem beraten und beschlossen (auch alles Gesetzgeberische, darunter die meist der staatlichen Gesetzgebung nachgebildeten Spezialgesetze, z. B. bezüglich der ständischen, mittelbar-staatlichen Beamten und

Digitized by Google

deren Rechtsverhältnisse; volle Autonomie des Oberlausitzer Kommunalverbandes) oder in außerordentlichen Fällen (wie jetzt im Kriege, wo viele Landtagsmitglieder im Felde stehen oder die Ersatzwahlen aus dem gleichen Grunde nicht vorgenommen werden konnten) in den an die Stelle des Landtags tretenden Sitzungen der Größeren Ständischen Ausschuß-Versammlung. Die Direktorial-Deputation wird selten oder gar nicht mehr einberufen.

5. Daß die Ständische Kommunalverwaltung in der Landesmitleidenheit, d. h. von den zu dieser gehörigen Ritter- und Rustikal-Gutsbesitzern der Oberlausitz Steuern zu erheben befugt ist im Bedarfsfalle (z. B. im Verfolg der Garantie der Oberlausitzer Stände, unter denen die Ständische Bank und Sparkasse errichtet ist, bei etwaigem Nichtzureichen aller Reservefonds und des Landesärars), der nach menschlicher Voraussicht wohl nie mehr eintreten wird, und daß dieses Recht der Ständischen Landsteuerkasse auch staatlich stets gewürdigt ist, darüber beziehe ich mich zur Widerlegung der gegenteiligen Bornhakschen Ansicht (S. 429, 431—432) der Kürze halber auf Schultz, Die kommunalständische Verfassung und Verwaltung des Preußischen Markgraftums Oberlausitz, Görlitz 1870, S. 56 u. 57, auf welches Werk auch der Herr Verfasser des Aufsatzes wiederholt Bezug genommen hat (S. 428, 429, 430). Herr Professor Bornhak gibt selbst zu, daß die Schultz'sche und diesseitige Auffassung einen „gewissen Rückhalt gefunden, solange die Grundsteuerreform in Preußen noch nicht erfolgt war, da bis 1861 wenigstens die Grundsteuern in der alten ständischen Weise erhoben wurden; als aber die Grundsteuerreform zustande gekommen, fehle jeder Schatten einer Berechtigung". Träfe dies zu, so würde wohl die Preußische Staatsregierung, als sie die „Verordnung vom 12. Dezember 1864, betreffend die Feststellung der den Provinzen und ständischen Verbänden aufzuerlegenden Grundsteuer-Hauptsumme und die provisorische Unterverteilung und Erhebung der letzteren in den sechs östlichen Provinzen", erließ, nicht im § 28 den Erlaß besonderer Bestimmungen hinsichtlich der Verwaltung und Erhebung der Grundsteuer in der Oberlausitz für den Fall hierauf gerichteter Anträge des Kommunallandtags ausdrücklich vorbehalten haben. Auf die daraufhin gestellten Anträge der Oberlausitzer Stände, die mit Recht in ihrer Mitwirkung ein Mittel zur Förderung ihres Kredits und zur leichteren Erhebung der für ständische Zwecke erforderlichen, als Zuschlag zur Staatssteuer mit auszuschreibenden

Digitized by Google

Beträge erblickten, ist die Allerhöchste Kabinettsorder vom 23. Januar 1865 (Liegnitzer Regierungs-Amtsblatt von 1865 S. 69) ergangen. In dieser wurde ein besonderes Verfahren bei der Erhebung und Verwaltung der Grundsteuer in der Oberlausitz vorgeschrieben. Die Einziehung der Grund- und Gebäudesteuer erfolgte danach innerhalb der gesamten Oberlausitz unter Leitung und Aufsicht der Landstände bezw. des Landesältesten der Oberlausitz als des Organs derselben durch die Ständische Landsteuerkasse in Görlitz. Diese hatte, wie es bei Schultz a. a. O. heißt, die Beträge monatlich an die Regierungs-Hauptkasse in Liegnitz abzuführen und hierbei alle Befugnisse der Kreiskassen. Die Nachweisungen über den Sollbetrag der Grund- und Gebäudesteuer für den ganzen Umfang des Ständischen Kommunalverbandes wurden alljährlich dem Landesältesten durch die Königliche Regierung in Liegnitz mitgeteilt. Ebenso wurden alle Schriftstücke, welche sich auf Zu- und Abgänge an Steuer zur Folge habende Veränderungen bezogen, dem Landesältesten der Oberlausitz vorgelegt und von diesem nach Erledigung etwaiger von ihm angeregter Bedenken mit seiner gutachtlichen Äußerung der Königlichen Regierung in Liegnitz übersandt. Mit den Grund- und Gebäudesteuern wurden, wie Schultz a. a. O. ausdrücklich betont, zusammen eingezogen, aber in den Heberollen getrennt berechnet die zur Deckung des Bedarfes der Ständischen Kommunalverwaltung erforderlichen Zuschläge. Tatsächlich sind diese Zuschläge bis in das Jahr 1875 in der Landesmitleidenheit erhoben worden, bis zum Jahre 1869 10 %, von da ab 5 %. Erst nach völliger Tilgung der von Sachsen 1815 übernommenen alten Landesschulden der Preußischen Oberlausitz und nachdem durch die Ständische Bank und andere Ständische Fonds neue, dauernde, aber ebenfalls ausschließlich gemeinnützigen, öffentlichen Zwecken zugute kommende Einnahmequellen für die Landsteuerkassen-Bedürfnisse erwachsen waren, konnte von weiterer Erhebung von eigenen Steuerbeträgen Abstand genommen werden. In dem Erhebungsrecht aber ist weder durch die spätere Nichtmehr-Einziehung der staatlichen Grund- und Gebäudesteuer noch durch irgend ein preußisches Gesetz oder eine Königliche Verordnung je etwas geändert worden.

6. Von inelegantia juris (S. 432) in dem üblichen unerfreulichen Sinne darf man füglich in Hinsicht auf die Oberlausitzer Kommunal-Verfassung und -Verwaltung nicht sprechen. Auf die Schlesische Provinzial-Verwaltung ist übergegangen, was dorthin paßte

Digitized by Google

(Land-Feuer-Sozietät, Landarmen- und Korrigendenwesen). Lange Verhandlungen und Ermittelungen haben zufolge § 128 Abs. 4 der Provinzialordnung vom 29. Juni 1875/22. März 1881 auch bezüglich der Oberlausitz geschwebt. Dieser § 128 behielt bekanntlich die Umbildung bezw. Aufhebung der aus älteren ständischen Gebieten hervorgegangenen kommunalständischen Verbände und ihrer Organe besonderen Gesetzen vor, und es sind auf Grund dieses Paragraphen tatsächlich auch mehrere Verbände unter beiderseitigem Einverständnis im Laufe der Zeit aufgehoben worden. In Hinsicht auf unseren Oberlausitzer Verband erkannte schließlich die Königliche Staatsregierung die auch von Professor Bornhak in dem Aufsatze betonte, „zähe Lebenskraft der Oberlausitz" und rüttelte an nichts. Und die Oberlausitzer Ständische Verwaltung ist stetig bemüht — so jüngst durch die schon beschlossene, nur des Krieges wegen in ihrem Inkrafttreten auf die Zeit nach Eintritt des ersehnten ehrenvollen Friedens verschobene „Hundertjahr-Stiftung", die den Plan verwirklichen soll, die Ortschaften der Oberlausitz ausnahmslos mit Diakonissen zur Gemeindepflege zu versehen, —, weitere gemeinnützige Verwaltungszweige anzugliedern und die bestehenden auszubauen und zu vergrößern.

Die Oberlausitzer Stände sind weit älter als die Provinzial-Stände. Ehrwürdige historische Existenzberechtigung gepaart mit dauerndem gemeinnützigen Wirken und modernem Fortschreiten soll und wird man nie antasten.

Digitized by Google

IV.

Befugnisse der Bergpolizei.[1]

Von Herrn Regierungsassessor Dr. Posse in Beuthen O.-Schl.

Wegen der zumeist unklaren Vorstellung über die Ausdehnung ihrer Amtsgewalt sind Fälle des Kompetenzkonflikts, über deren Schärfe oft geklagt wird, zwischen den Organen der Bergpolizei und den Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes oder Vertretern sonstiger besonderer Polizeibehörden wie in keinem anderen Rechtsgebiete häufig und werden nicht aufhören, ehe nicht das heute in der Praxis angewandte Prinzip, zur Vermeidung oder Beseitigung von Streitfällen beide Parteien für zuständig zu erklären und ein gutes Einvernehmen anzuempfehlen, einer scharfen Abgrenzung der beiderseitigen Befugnisse Platz gemacht hat. Eine Untersuchung der von der Bergpolizei zu erfüllenden Aufgaben liefert das folgende Ergebnis.

Die Bergpolizei erscheint in ihrer Tätigkeit als Polizeibehörde, die sachlich auf ein besonderes polizeiliches Rechtsgebiet beschränkt ist, als „Sonderpolizei" im Gegensatze zu der „allgemeinen Polizei", deren sachlicher Wirkungskreis begrifflich und grundsätzlich auf die Einheit, den Inbegriff der polizeilichen Obliegenheiten, gerichtet sein muß (vgl. dazu Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., § 32). Das hindert jedoch nicht, daß für die Ausübung der Bergpolizei die Regeln des allgemeinen Polizeirechts solange in Geltung sind, als nicht das Allgemeine Berggesetz vom 24. Juni 1865, das Grundrecht der Bergbehörden, etwas Gegenteiliges vorschreibt.

[1] Hauptsächlich benutzte Literatur:
Klostermann-Fürst-Thielmann, Kommentar zum Allgemeinen Berggesetze, Berlin 1911.
Schlüter-Hense, ebenso, Berlin 1913.
Boelkel, Grundzüge des preußischen Bergrechts, Berlin 1914.
Zeitschrift für Bergrecht.

Digitized by Google

Wenn und soweit die Bergpolizei innerhalb ihrer Zuständigkeit in Tätigkeit tritt, schließt sie auf diesem Gebiet andere Polizeiorgane aus (vgl. Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 9. März 1899, Entsch. Bd. 36 S. 285). Es ist indes vorher bereits betont worden, daß nach der Praxis der obersten Staatsbehörden auf gewissen Grenzgebieten, deren später noch Erwähnung geschehen wird, ein Nebeneinanderwirken der Bergpolizei mit den Organen anderer Polizeibehörden zugelassen ist, das naturgemäß zur Rechtsunsicherheit beitragen muß. Insofern erfährt also der vom Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung betonte Grundsatz, „daß die Polizeigewalt in einem einzelnen Falle nur einheitlich von einer Behörde ausgeübt werden kann", eine Einschränkung durch die Praxis. Es erscheint mir allerdings nicht zutreffend, wenn Boelkel (a. a. O. S. 189, 190) ausführt, daß auf den noch zu bezeichnenden Grenzgebieten „kraft Gesetzes die Zuständigkeit mehrerer Polizeibehörden gegeben ist, die zur Erfüllung ihrer mehr oder weniger verschiedenartigen Aufgaben zu selbständigen Maßnahmen nebeneinander befugt sind, und daß es Sache der obersten Verwaltungsinstanz sei, dieses Nebeneinanderwirken unter Einhaltung der gesetzlichen Schranken derart zu regeln, daß Kollisionen tunlichst vermieden werden". Der angeführte Leitsatz in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts von der Einheitlichkeit der staatlichen Polizeigewalt verträgt meines Erachtens keine in der Theorie anzuerkennende Durchbrechung, sollen nicht die Grundbegriffe polizeilicher Tätigkeit und polizeilicher Aufgaben schwankend werden. Das Gesetz begründet meines Erachtens nicht die Zuständigkeit mehrerer Polizeibehörden: es ist nur Aufgabe verständiger Gesetzesauslegung und -ausführung, die Zuständigkeit gegenseitig so abzugrenzen, daß Kompetenzkonflikte nicht entstehen können. Innerhalb ihrer Befugnisse ist wie im sonstigen Polizeirechte die Bergpolizei zum Erlasse von Polizeiverordnungen (§ 197 ABG.) und polizeilichen Verfügungen („Anordnungen" der §§ 198 und 199 ABG.) berechtigt.

Der Bergpolizei untersteht im allgemeinen, also für ihre Gebiete unter Ausschluß anderer Polizeiorgane, nach § 196 ABG. der Bergbau, d. h. der eigentliche Betrieb eines auf einem staatlichen Hoheitsakte beruhenden und durch die Verleihung entstandenen Bergwerkes; der Begriff des Bergbaues umfaßt hierbei nach Abs. 3 des § 196 a. a. O. auch die Aufbereitungsanstalten, Dampfkessel und Triebwerke zum Betrieb auf Bergwerken und

Digitized by Google

Aufbereitungsanstalten und die Salinen. In ständiger, allerdings nicht unbestrittener Verwaltungspraxis ist auf Grund des § 135 ABG. der Begriff des Bergbaues weiter dahin bestimmt worden, daß dazu nicht bloß die zur eigentlichen Gewinnung und Förderung, sondern alle zu Betriebszwecken bis einschließlich des Absatzes des verliehenen Minerals erforderlichen Anlagen gehören (vgl. Erlaß des Handelsministers vom 8. Dezember 1904, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 46 S. 126). Somit unterliegen der bergpolizeilichen Aufsicht nach kasuistischer Rechtsprechung Koks- und Gasverdichtungsanstalten zur Gewinnung des Teers, Teerwassers und Benzols, Brikettfabriken, Braunkohlen-Teerschweleleien, Spateisenstein-Röstöfen und Grubeneisenbahnen, ohne daß die strittige Frage hier entschieden zu werden brauchte, ob diese Anlagen als Aufbereitungsanstalten anzusehen sind (vgl. darüber Klostermann a. a. O. S. 153 zu § 58). Nicht als bergbauliche Betriebsanstalten, sondern als selbständige Gewerbebetriebe („Gewerbsanlagen" des § 1 Abs. 3 des Knappschaftsgesetzes vom 17. Juli 1912), die den Gewerbeaufsichtsbeamten unterstehen, sind in der Rechtsprechung angesprochen worden z. B. Hütten- und Walzwerke, Ringofenziegeleien, Anlagen zur Gewinnung von Versatzmaterial, Teerdestillationen, Ammoniakfabriken u. a. m. Der § 16 GewO. mit dem Verzeichnisse der einem besonderen Konzessionsverfahren unterworfenen gewerblichen Anlagen bietet dabei nicht etwa eine Handhabe für die Abgrenzung der unter die Aufsicht der Gewerbeinspektoren fallenden Gewerbebetriebe, da hier die Konzessionspflicht auch für Betriebe gefordert wird, die in der Praxis der Bergpolizei unterstellt worden sind (z. B. Röstöfen); es wird die Aufgabe preußischer Gesetzgebung sein, dem dritten Absatz im § 196 des Berggesetzes eine derartige Fassung zu geben, daß der Kreis der von den Bergbehörden zu beaufsichtigenden Anlagen aus dem Gesetze klar erkenntlich wird (vgl. Klostermann a. a. O. S. 580 Anm. 13 zu § 196). Nachdem durch Novelle vom 18. Juni 1907 u. a. auch der § 3 a dem Berggesetz eingefügt worden ist, unterstehen auch die Schürfarbeiten der Aufsicht der Bergpolizei. Schließlich gehört auch der Grundeigentümerbergbau, bei dem die Mineralgewinnung nicht auf einem bergrechtlichen Titel beruht, zu den Gegenständen der Bergpolizei, wenn dies besonders im Gesetze bestimmt ist. Das ist erfolgt für den

1. Braunkohlenbergbau im Bereiche des westpreußischen Provinzialrechts (§ 210 Abs. 2 ABG.);

Digitized by Google

2. Stein- und Braunkohlenbergbau im sächsischen Mandatsgebiete (§ 9 e des Gesetzes vom 22. Februar 1869) und
3. im Fürstentume Kalenberg (Art. XIII der Hannov. Einf.-Verordn. vom 8. Mai 1867);
4. Eisenerzbergbau in Schlesien und der Grafschaft Glatz (§ 211 b Ziffer 5 ABG.);
5. Stein- und Kalisalzbergbau in der Provinz Hannover (§ 1 Ziffer 9 des Gesetzes vom 14. Juli 1895);
6. linksrheinischen Dachschiefer-, Traß- und Basaltlavabruch (§ 214 a Ziffer 4 ABG.).

Wie nach ihrem Gegenstande, so unterliegt die Bergpolizei begrifflich einer Einschränkung auch bezüglich des von ihren Anordnungen betroffenen Personenkreises. Wer am Bergwerksbetrieb einschließlich des Schürfens nicht beteiligt ist und zu ihn nicht ein tatsächliches Verhältnis einnimmt, kann ohne die Mitwirkung anderer Polizeibehörden von bergpolizeilichen Verfügungen oder Verordnungen nur insoweit betroffen werden, als es sich um allgemeine Verbote für den örtlichen Bereich der der Bergpolizei unterstehenden Anlagen handelt (vgl. Klostermann S. 574 Anm. 4 zu § 196 und die dort angeführte Literatur). Ein hierher gehörender Fall, der in der Praxis öfter zur Entscheidung der höchsten Instanzen gebracht worden ist (vgl. schon Rek.-Besch. vom 14. Februar 1882, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 23 S. 410), ist der, daß die Bergpolizei trotz des Vorhandenseins von Gefahren durch den Bergbau nicht die Sperrung der eingesunkenen Stelle eines öffentlichen Weges oder die Räumung eines beschädigten Hauses von dem Grundbesitzer erzwingen kann; dazu bedarf es einer Anordnung der örtlich zuständigen allgemeinen Polizei.

Die Amtsgewalt der Bergpolizei beginnt gegenüber bestimmten Betrieben und Personen vorläufig mit den Schürfarbeiten und endgültig mit der Begründung des Bergwerkseigentums durch Verleihung (§ 50 Abs. 1 ABG.). Es macht für die Zuständigkeit der Bergpolizei keinen Unterschied, ob die Bergwerksanlagen in Betrieb stehen oder stillgelegt und verlassen worden sind; die Befugnisse der Bergbehörde erreichen erst mit der Aufhebung des Bergwerkseigentums ihr Ende. Fordert nachher die allgemeine Sicherheit die Abwendung einer auf den früheren Bergwerksbetrieb zurückzuführenden Gefahr, so hat die allgemeine Polizei gegen den Grundeigentümer einzuschreiten.

Der eigentümliche Charakter der Bergpolizei als Betriebs-

Digitized by Google

polizei, die im allgemeinen ihre Maßregeln auf § 196 ABG. stützen kann und über den Wortlaut des § 196 hinaus soweit gehen muß, wie die Aufgaben der Bergverwaltung gesetzlich bestimmt sind (vgl. Oppenhoff, Kommentar zum ABG., Berlin 1870, Nr. 1043; Arndt, ebenso, Halle 1888, S. 188), bringt es mit sich, daß die Schwierigkeiten und Mißverständnisse nicht bei der Abgrenzung der generellen Zuständigkeit, sondern erst in einzelnen Fällen einsetzen, woran zumeist nicht die allgemeine Polizei, sondern andere besondere Polizeibehörden beteiligt sind.

a) Baupolizei. Es ist oben ausgeführt worden, daß der Bergpolizei „der Bergbau" untersteht. Das wird im zweiten Absatze des § 196 ABG. zunächst genauer dahin erläutert: „Die polizeiliche Aufsicht der Bergbehörden erstreckt sich auf die Sicherheit der Baue." Entgegen Schlüter-Hense (a. a. O. S. 512, B 1 zu § 196), die unter „Bauen" nicht nur die Grubenbaue, sondern auch die zum Bergwerksbetriebe gehörenden Bauten über Tage verstanden wissen wollen, wird man sich Klostermann-Fürst-Thielmann (a. a. O. S. 574 Anm. 5 zu § 196) anschließen müssen, daß schon nach dem Wortsinne zu den Bauen nur die Grubenbaue, also unter Tage gehören. Die gleiche Ansicht wird im Preußischen Verwaltungs-Blatte (Jahrgang 31 S. 372) von Geheimrat Krenzlin vertreten. Über die Anlegung der Grubenbaue und deren sichere Einrichtung befindet nur die Bergpolizei. Da ihrer Ansicht indessen der „Bergbau", d. h. auch der Betrieb über Tage in den Aufbereitungsanstalten usw., untersteht, so ist sie auch als befugt anzusehen, polizeiliche Maßnahmen zum Schutze der mit den Grubenbauen oder den Schürfarbeiten in unlöslichem Zusammenhange verbundenen Tagesgebäude zu treffen. Aber wohlgemerkt nur, wenn durch die Gefährdung der Tagesanlagen auch die Sicherheit der Grubenbaue beeinträchtigt wird, also erst nach Prüfung und Genehmigung der Bauten über Tage. Es kann nicht scharf genug betont werden und ist auch in Ministerialerlassen mehrfach (vom 10. August 1906, Ministerialblatt für die innere Verwaltung S. 271, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 47 S. 500; vom 11. November 1907, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 49 S. 333) zum Ausdrucke gebracht worden, daß zur Prüfung, Genehmigung und Abnahme der zum Bergwerksbetrieb und zur Ausführung von Schürfarbeiten gehörenden Bauten über Tage die örtlichen Baupolizeibehörden zuständig sind. Daß bei der Prüfung der Entwürfe und bei der Abnahme der Bauausführungen nach Vorschrift des gemeinsamen

Digitized by Google

Ministerialerlasses vom 10. August 1906 die zuständigen Bergrevierbeamten als sachverständige Berater zu beteiligen sind, kann daran nichts ändern, daß baupolizeiliche Befugnisse bezüglich der Prüfung, Genehmigung und Abnahme der Bauten den Bergbehörden nicht gegeben sind, und ist geeignet, die Grenzen der Amtsgewalt zu verwischen.

Bei den zu Dampfkesselanlagen im Bergbaubetriebe gehörenden Bauten nimmt kraft spezieller Vorschrift (Erlaß vom 10. August 1906 und §§ 11 Ziffer I, 24 der Anweisung, betreffend Genehmigung und Untersuchung der Dampfkessel, vom 16. Dezember 1909, HMBl. S. 555) der Bergrevierbeamte auch die baupolizeilichen Befugnisse bis auf den baupolizeilichen Teil der Abnahmeprüfung wahr.

Beiläufig soll erwähnt werden, daß die Notwendigkeit eines Arbeiterschlafhauses für den Grubenbetrieb außer der Bauerlaubnis seitens der Ortspolizeibehörde auch nicht die Ansiedlungsgenehmigung durch den Kreisausschuß entbehrlich macht. Das Oberverwaltungsgericht hat in einem Bescheide vom 23. Mai 1907 (Entsch. Bd. 51 S. 210) die Verfügung eines Amtsvorstehers gehalten, in der dieser einer Bergbau betreibenden Firma die Benutzung einer sogenannten Arbeiterkaue untersagte, weil die Ansiedlungsgenehmigung fehlte.

Für die Tagesgebäude, die nicht zum eigentlichen Bergwerksbetriebe gehören, wie z. B. Knappschaftslazarette und Bergschulen, ist eine Mitwirkung der Bergbehörden nicht vorgesehen (vgl. Preuß. Verwaltungs-Blatt Bd. 31 S. 372).

b) In das Gebiet der Bau- und Sicherheitspolizei fällt noch die Befugnis der Bergbehörden, in gewissem Umfange Starkstromanlagen und -leitungen, die mit Bergwerken in Zusammenhang stehen, zu genehmigen und zu beaufsichtigen. In vorbildlicher Lösung der Kompetenzschwierigkeiten hat ein gemeinschaftlicher Erlaß der Minister für Handel und Gewerbe und des Innern vom 11. Januar 1912 (Zeitschrift für Bergrecht Bd. 53 S. 329) angeordnet:

1. daß die Bergbehörde für Genehmigung und Beaufsichtigung allein zuständig ist, wenn die elektrische Energie auf dem Bergwerk erzeugt und verwendet wird;

2. wird die elektrische Energie auf dem Bergwerke erzeugt und außerhalb verwendet oder außerhalb erzeugt und auf dem Bergwerke

Digitized by Google

verwendet, so ist für den innerhalb des eigentlichen Grubengeländes belegenen Teil der Anlage die Bergbehörde und im übrigen die allgemeine Polizeibehörde ausschließlich zuständig;

3. ein Zusammenwirken von allgemeiner Polizei und Bergbehörde für die ganze Anlage ist für den Fall vorgeschrieben, daß die auf einem Bergwerk erzeugte elektrische Energie auf einem demselben Besitzer gehörenden anderen Bergwerke Verwendung findet.

c) Bahnpolizei. Es ist oben bereits hervorgehoben worden, daß auch Grubeneisenbahnen der bergpolizeilichen Aufsicht unterliegen. Mithin hat die Bergpolizei auch für die Sicherheit der Grubeneisenbahnen ebenso wie für die Sicherheit der sonstigen Grubentagesbauten zu sorgen. Grubeneisenbahnen sind Bahnen, die von einem Bergwerk ausgehen und zu Zwecken des Bergwerksbetriebs bestimmt sind (vgl. Erlaß des Handelsministers und Ministers des Innern vom 23. August 1911, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 52 S. 466). Bezüglich ihrer ist folgende Unterscheidung zu machen:

1. Bei Grubenanschlußbahnen in Analogie der Privatanschlußbahnen im § 43 des Kleinbahngesetzes vom 28. Juli 1892, die mit Eisenbahnen (Gesetz vom 3. November 1838) oder Kleinbahnen in einer den Übergang der Betriebsmittel gestattenden unmittelbaren Gleisverbindung stehen und mit Maschinenkraft betrieben werden, hat die Eisenbahnbehörde den Anschluß an eine dem öffentlichen Verkehre dienende Bahn und den Übergang ihrer Betriebsmittel auf die Grubenanschlußbahn zu genehmigen. Ihr steht auch die eisenbahntechnische Aufsicht und Überwachung zu. Die polizeiliche Prüfung des Entwurfes und die polizeiliche Aufsicht über den Betrieb üben die Bergbehörden aus. Insbesondere unterliegt der bergpolizeilichen Aufsicht die Instandhaltung solcher Vorkehrungen und Einrichtungen zur Sicherstellung des Betriebs und des öffentlichen Verkehrs, die zu dem Betrieb in unmittelbarer Beziehung stehen (vgl. Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 9. März 1899, Entsch. Bd. 36 S. 281; Zeitschrift für Bergrecht Bd. 41 S. 349). Auch eine Mitwirkung der Landespolizeibehörde im Betriebsplanverfahren ist vorgeschrieben. Polizeiverordnungen für Grubenanschlußbahnen sind der zuständigen Eisenbahnbehörde und dem Regierungspräsidenten zur Erklärung ihres Einverständnisses vorzulegen. Das Zusammenwirken der beteiligten Polizeibehörden ohne scharfe Betonung und Abgrenzung des Aufsichtsrechts der einzelnen Behörde ist hinsichtlich der Grubenanschluß-

Digitized by Google

bahnen in den mit einem gemeinschaftlichen Erlasse des Handelsministers und Ministers des Innern vom 30. August 1898 mitgeteilten „Grundzügen für die Ausübung der Aufsicht usw." geregelt worden.

2. Grubenbahnen bezwecken, ohne den Anschluß an eine dem öffentlichen Verkehre dienende Bahn zu vermitteln, nur, den Transport von Menschen oder Gütern zwischen der Bergwerksanlage und einem außerhalb gelegenen Punkte zu bewerkstelligen. Auch sie unterliegen dem Betriebsplanverfahren und der polizeilichen Aufsicht der Bergbehörde. Eine Mitwirkung der Eisenbahnbehörde ist nicht vorgeschrieben; dagegen muß landespolizeiliche Prüfung stattfinden.

3. Für die sonstigen Schienenwege innerhalb der Bergwerksanlagen ist allein die Bergbehörde zuständig. Sie bieten hier keine Besonderheiten.

Für alle Grubeneisenbahnen ist geltende Verwaltungspraxis, daß die Zuständigkeit der allgemeinen Polizeiverwaltung eingreift, wenn und soweit die Grubeneisenbahn öffentliche Wege oder Wasserläufe berührt. Nach Ziffer IX der oben angeführten „Grundzüge für die Ausübung der Aufsicht usw." vom 30. August 1898 liegt die Feststellung der bei dem Betrieb einer Grubenanschlußbahn vorkommenden schwereren Unglücksfälle dem Revierbeamten ob. Diese Bestimmung muß entsprechend auch auf Grubenbahnen angewandt werden. Die Zuständigkeit des Revierbeamten ist kraft besonderer Verwaltungsvorschrift nach dem Grundsatze von der Einheitlichkeit der staatlichen Polizeigewalt eine ausschließliche, so daß für eine Tätigkeit der Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes aus § 161 der Strafprozeßordnung kein Raum bleibt.

d) Strom-, Schiffahrts- und Hafenpolizei. Der Möglichkeit einer Kollision mit der Strompolizei bei von Bergwerksbesitzern am Rheine angelegten Privathäfen wurde durch einen Erlaß des Handelsministers vom 15. April 1912 vorgebeugt. Solche Privathäfen kommen dann mit ihren Landanlagen und Anschlußgleisen als zu einem Bergwerke gehörende Betriebsanlagen in Frage, wenn sie dem unmittelbaren Absatze der auf dem Bergwerke geförderten Bergwerkserzeugnisse dienen (vgl. Schlüter a. a. O. S. 510, III zu § 196). Den Bau des Hafens hat die Strombauverwaltung zu genehmigen. Am Betriebsplanverfahren, an der Prüfung des Entwurfes und der Abnahme werden die Bergbehörden, die Strombauverwaltung, der Regierungspräsident oder

Digitized by Google

eine von ihm bezeichnete Polizeibehörde und wegen geplanter Anschlußgleise die Eisenbahnbehörde beteiligt. Die polizeiliche Aufsicht einschließlich der Dampfkesselpolizei und mit dem Polizeiverordnungs- und Unfalluntersuchungsrechte steht bezüglich der auf dem Lande befindlichen Anlagen der Bergbehörde, hinsichtlich des Betriebs auf der Wasserfläche der ordentlichen Strom-, Schiffahrts- und Hafenpolizeibehörde zu.

e) Wasserpolizei. Die Aufsicht der Bergbehörde erstreckt sich nach § 196 Abs. 2 auch auf den Schutz gegen gemeinschädliche Einwirkungen des Bergbaues. Die Abgrenzung der Zuständigkeit bei einer gemeinschädlichen Einwirkung des Bergbaues auf die Wasserverhältnisse zwischen Berg- und Wasserpolizei ist auch in gemeinschaftlichen Ministerialerlassen (vom 7. April 1876, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 17 S. 298, und vom 20. Februar 1901, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 42 S. 255) nicht gelungen. Im allgemeinen wird folgendes zutreffend sein: Die Zuständigkeit der Bergbehörde ist eine ausschließliche, wenn gemeinschädliche Wasserentziehung vorliegt (vgl. Rek.-Besch. vom 3. Juli 1877, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 19 S. 137); meines Erachtens schließt die Bergbehörde auch dann andere Polizeibehörden aus, wenn und soweit Verunreinigung fließender Gewässer durch Einleitung von Grubenwässern und sonstigen Abwässern in Betracht kommt (vgl. Ministerialerlaß vom 8. Januar 1880, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 21 S. 406) oder Vorflutstörungen oder Wasseransammlungen in den durch den Bergbau verursachten Bodensenkungen eintreten (vgl. Ministerialerlaß vom 4. November 1881, Zeitschrift für Bergrecht Bd. 23 S. 276). Indessen ist hier wie für sonstige Fälle durch die oben erwähnten Erlasse ein Einvernehmen mit der Wasserpolizeibehörde vorgeschrieben, das jedoch wegen des Rechtsmittels nicht zu gemeinschaftlichen Anordnungen führen soll, sondern den Erlaß einzelner Verfügungen der beiden Behörden zur Voraussetzung hat. Das Wassergesetz vom 7. April 1913 § 396 hat zur Klärung dieses verwickelten Rechtszustandes nicht beigetragen.

f) Wege- und Fischereipolizei. In die Befugnisse der Wege- und Fischereipolizei einzugreifen und an deren Stelle zu treten, hat die Bergbehörde, bei der Fischereipolizei seit der Abänderung des § 43 im Fischereigesetze vom 30. Mai 1874 durch § 99 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883, keine Gelegenheit.

g) Gewerbepolizei. Die Sorge für die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit der Arbeiter und für die Aufrechterhal-

Digitized by Google

tung der guten Sitten und des Anstandes durch die Einrichtung des Betriebs, die ebenfalls nach § 196 ABG. der Bergbehörde obliegt, kann wieder zu Schwierigkeiten in der Begrenzung der Zuständigkeit mit zwei anderen Polizeibehörden führen. Einmal erstreckt sich die polizeiliche Aufsicht der Bergbehörden nach herrschender, nicht vollkommen unbestrittener Ansicht auch auf den durch § 189 Abs. 2 Satz 2 ABG. dem Revierbeamten übertragenen Wirkungskreis der Gewerbeaufsichtsbeamten (§ 139 b GewO.). Eine scharfe Sonderung zwischen der den Bergbehörden zustehenden Gewerbepolizei und der eigentlichen Bergpolizei besteht nicht (vgl. Voelkel S. 171). Mit der Aufsicht über die Ausführung der Arbeiterschutzbestimmungen der Gewerbeordnung üben die Revierbeamten gewerbepolizeiliche Dienstzweige auf Grund des Berggesetzes aus (vgl. Motive zur Berggesetznovelle von 1892 S. 46).

h) Gesundheitspolizei. Die Sorge für die Sicherheit des Lebens und der Gesundheit der Arbeiter kann nicht so weit gehen, daß die Bergbehörde mit ihrem Charakter als Betriebspolizei die Befugnisse der Gesundheitspolizei außerhalb des Bergbetriebs für sich in Anspruch nimmt. Auf die Regelung der Lebensverhältnisse der Bergarbeiter außerhalb des Bergwerkes erstreckt sich die Zuständigkeit der Bergbehörde nicht. Bei Gefahren, die sich unmittelbar aus dem Betrieb und aus der besonderen Beschaffenheit der Betriebseinrichtungen und der Betriebsstätte für Gesundheit und Leben der Arbeiter ergeben, hat die Bergbehörde einzugreifen, und ihrer Aufsicht unterliegen dann auch alle Einrichtungen und Anstalten (auch Wohlfahrtseinrichtungen), soweit sie mit dem Betrieb im Zusammenhange stehen. Es muß indessen daran festgehalten werden, daß auf andere, nicht auf den Einfluß des bergbaulichen Betriebs zurückzuführende hygienische Schädlichkeiten und namentlich auf Gefahren für Gesundheit, Leben, gute Sitten und Anstand, die nicht aus dem Betrieb erwachsen, die Bergpolizei sich nicht bezieht. Insoweit hat also die sonstige Sicherheits- und Gesundheitspolizei auch innerhalb des bergbaulichen Betriebs Schutzmaßregeln zu treffen.

i) Sicherheitspolizei. Endlich ist bei der Darstellung des Verhältnisses der Bergpolizei zu anderen Polizeibehörden noch auf einige Befugnisse der Sicherheitspolizei einzugehen. Die Verpflichtung, Unglücksfälle bei dem Betrieb einer Grubeneisenbahn festzustellen, hängt mit der Aufsicht der Bergpolizei über die Grubeneisenbahnen zusammen und bietet eine durch ministerielle Verfügung

Digitized by Google

geschaffene Besonderheit. Im allgemeinen gehört die Ausübung des Polizei-Sicherheitsdienstes, der Tätigkeit der Kriminalpolizei, nicht in den Dienstbereich der Bergbehörden. Auch ist die Zuständigkeit der Bergpolizei zur Beaufsichtigung der Verwendung von Sprengstoffen beim Bergbau durch das Dynamitgesetz vom 9. Juni 1884 eingeschränkt. Und während es nach einem Rekursbescheide vom 29. August 1868 (Zeitschrift für Bergrecht Bd. 15 S. 97) nicht die Aufgabe der Bergpolizei ist, beim Schutze der Oberfläche im Interesse der persönlichen Sicherheit und des öffentlichen Verkehrs auch rein privatrechtliche Interessen wahrzunehmen, wird andrerseits nicht nur der Begriff der gemeinschädlichen Einwirkung des Bergbaues gegeben und ein Eingreifen der Bergpolizei geboten sein, wenn das öffentliche Interesse benachteiligt und gefährdet wird, sondern auch, wenn Privatinteressen auf dem Spiele stehen. Hier ist es zutreffend, wenn Boelkel (a. a. O. S. 171) ausführt, daß der Schutz gegen gemeinschädliche Einwirkungen des Bergbaues unter Umständen über den Kreis der allgemeinen polizeilichen Aufgaben hinausreicht.

Es sollte im Vorstehenden versucht werden, mit Rücksicht auf die mehrfachen Unklarheiten ein Bild von dem Umfange der der Bergpolizei zustehenden Befugnisse zu zeichnen. Der eigentümliche Charakter der Bergpolizei und die auf allen Gebieten auftretenden Schwierigkeiten einer Abgrenzung der Amtsgewalt bringen es mit sich, daß dieses Bild nur durch Zusammenfassung von Einzelfällen einigermaßen vollständig gemacht werden konnte. Aber immer liefert eine eingehendere Beschäftigung mit der gestellten Aufgabe das Ergebnis, daß eine Abgrenzung der einzelnen Polizeibehörden und ihrer Zuständigkeiten wenn auch schwierig, so doch möglich ist. Die in der Praxis stetig auftretenden Reibungen lassen eine Neuordnung des Gegenstandes dringlich erscheinen. Aber selbst wenn eine solche Neuordnung vorgenommen wird, kann sie von Erfolg nur begleitet sein, wenn sie von verständiger Auslegung und gegenseitiger Rücksichtnahme der beteiligten örtlichen Polizeiorgane getragen wird. Die jetzt häufiger erhobenen Klagen aus den Kreisen der Revierbeamten über Kompetenzüberschreitungen seitens der allgemeinen Polizei werden bei unparteiischer Prüfung durch berechtigte Beschwerden von der Gegenpartei mindestens aufgewogen.

Digitized by Google

V.

Soziale Probleme.

Von Herrn Regierungsassessor Dr. Posse in Beuthen O.-Schl.

I.

Rechtsfähigkeit der Berufsvereine.

Die Berufsvereine der Arbeitgeber und Arbeiter mit dem unmittelbaren Zwecke, die materiellen und geistigen Berufsinteressen ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern, unterliegen als solche und im Rahmen dieses Zweckes in privatrechtlicher Hinsicht dem allgemeinen Vereinsrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs und erlangen die Rechtsfähigkeit, wenn sie nicht einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verfolgen, durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts (§ 21 BGB.). „Es läßt sich indes nicht verkennen, daß unter den gegenwärtigen Verhältnissen gerade diese Berufsvereine," deren öffentlichrechtliche Seite in allen Fällen durch das Reichsvereinsgesetz vom 19. April 1908 geregelt ist, „wenn anders sie den beruflichen Interessen ihrer Mitglieder eine tatkräftige und erfolgverheißende Unterstützung angedeihen lassen wollen, es nur sehr schwer werden vermeiden können, bei ihrer Tätigkeit auch das sozialpolitische Gebiet zu berühren" [1]). Nachdem ferner auf Grund der früheren Vereinsgesetze der Einzelstaaten und des Reichsvereinsgesetzes durch die Rechtsprechung anerkannt worden ist, daß jede satzungsgemäße oder tatsächliche Beschäftigung mit Arbeiterversicherung und Arbeiterschutz eine sozialpolitische Betätigung ist [2]) und dem Vereine den Stempel eines sozialpolitischen

[1]) Aus der Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend gewerbliche Berufsvereine, vom 12. November 1906, Stenographische Berichte des Reichstags, 11. Legislaturperiode, II. Session, 2. Sessionsabschnitt 1906, 8. Anlageband Nr. 533 S. 5003.

[2]) Ebenso Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912, S. 159.

Digitized by Google

Vereins aufdrücken kann, gibt es wenigstens auf seiten der Arbeiter so gut wie keinen Berufsverein mehr, der seine Vereinsarbeit nicht sozialpolitischen Aufgaben weiht [3]). Damit hat nach § 61 BGB. die zuständige Verwaltungsbehörde das Recht erlangt, gegen die Eintragung der Berufsvereine mit wenigen Ausnahmen einen im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens [4]) anzufechtenden Einspruch zu erheben. Hat ein Berufsverein etwa Rechtsfähigkeit erlangt, weil er nach der Satzung einen sozialpolitischen Zweck nicht hatte, und ergibt es sich später, daß er doch einen derartigen Zweck verfolgt, so kann ihm auf Grund des § 43 BGB. die bereits verliehene Rechtsfähigkeit wieder entzogen werden. Außerdem hat der Vorstand des eingetragenen Vereins laut § 72 BGB. in der Fassung des § 22 des Reichsvereinsgesetzes dem Amtsgericht auf dessen Verlangen jederzeit eine von ihm vollzogene Bescheinigung über die Zahl der Vereinsmitglieder einzureichen, während der Vorstand eines (eingetragenen oder nicht eingetragenen) sozialpolitischen Vereins [5]) gemäß § 3 des Reichsvereinsgesetzes der Polizeibehörde nur ein Verzeichnis der Mitglieder des Vorstandes vorzulegen hat. Die Einsicht der dem Amtsgericht eingereichten Bescheinigung über die Zahl der Vereinsmitglieder ist jedem gestattet (§ 79 BGB.).

---

[3]) Als soziale von sozialpolitischen Vereinen betriebene Angelegenheiten kommen u. a. in Frage:

Erlangung günstigerer Lohnbedingungen im allgemeinen, Gegenstände des sozialdemokratischen Agitationsprogramms; vgl. Entscheidung des Kammergerichts vom 17. November 1892 bei Groschuff-Eichhorn-Delius, Preußische Strafgesetze, Berlin 1904, S. 46;

Lage des Bergarbeiterstandes, Erk. des Reichsgerichts vom 25. Januar 1882, Entsch. in Strafsachen Bd. 22 S. 339;

Stellungnahme zu einem Streike, Beschränkung der Arbeitszeit, Beseitigung der Sonntagsarbeit, der Überstunden, der Akkordarbeit, Entsch. des Kammergerichts vom 3. Januar 1895, Johow und Ring, Jahrbuch der Entsch. des Kammergerichts Bd. 16 S. 420;

Überschreitung des Gebiets des gewerblichen Lebens, Eingriff in das staatliche Gebiet durch Inanspruchnahme der Organe und der Tätigkeit des Staates, Entsch. des Reichsgerichts vom 10. November 1887, Entsch. in Strafsachen Bd. 16 S. 385.

[4]) Wo ein solches besteht, d. h. namentlich in Preußen, Bayern, Württemberg, Baden, Hessen, Braunschweig und Anhalt, in den übrigen Staaten durch Rekurs nach Maßgabe der §§ 20, 21 GewO. Vgl. E. Loening, Vereins- und Koalitionsrecht S. 29.

[5]) Als Unterart des politischen Vereins, vgl. Entsch. des Oberverwaltungsgerichts Bd. 41 S. 397.

Digitized by Google

Diese beiden gesetzlichen Forderungen[6]), vor allem aber die richtige Erkenntnis des Umstandes, daß die Verwaltungsbehörde ohne das Vorhandensein gewisser, nach Art und Maß schwer zu regelnder Sicherungsmittel hinsichtlich der Zwecke und der Zusammensetzung der Vereine auf die Geltendmachung ihres Einspruchsrechts in pflichtmäßiger Erfüllung der ihr im § 61 BGB. zugewiesenen Aufgabe allgemein oder regelmäßig nicht verzichten kann[7]), haben die Berufsvereine veranlaßt, mit verschwindenden Ausnahmen bisher die Rechte einer juristischen Person abzulehnen. Das selbständige Handeln der Vereinigungen zum Behufe der Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen wird endlich noch durch die aus § 152 Abs. 2 GewG. fließende rechtliche Unmöglichkeit außerordentlich erschwert, die Mitglieder der Vereine zur Beobachtung der Vereinsbeschlüsse anzuhalten: eine zivilrechtliche Machtlosigkeit der Koalition nach innen, die sich gerade in den Lohnkämpfen der letzten Zeit auf der Seite der Arbeitgeber empfindlicher fühlbar gemacht hat als in den Arbeitervereinen. „Hier liegen die Machtmittel dem Einzelnen gegenüber viel mehr auf sittlichem als auf rechtlichem Boden. Dort indes ist für den kapitalschwachen Unternehmer die Verführung viel größer, im Lohnkampf abtrünnig zu werden und so für sich augenblickliche Sondervorteile zu erzielen."[8])

„Der Verein als die höhere Form der Koalition unterscheidet sich von der bloßen Verabredung durch das feste Band einer Organisation, das der Koalition Festigkeit und Dauer verleiht und den Koalitionszweck gleichsam in Permanenz erklärt. Die Arbeitgeber- und Arbeiterverbände treten im wirtschaftlichen Leben als handelnde Personen auf, und das Bestehen derartiger Organisationen hat sich, wie die Geschichte unwiderleglich beweist, als eine Notwendigkeit ergeben. Sie ist das logische Ergebnis der industriellen

---

[6]) Von den Arbeitervereinen wird auch als die Erwerbung der Rechtsfähigkeit hindernde Vorschrift der § 33 BGB. angeführt, der bestimmt, daß ein eingetragener Verein seinen in der Satzung festgelegten Zweck nur mit Zustimmung aller Mitglieder ändern kann; vgl. auch Sombart, Die Rechtsfähigkeit der Arbeiterberufsvereine in der Deutschen Wirtschafts-Zeitung vom 1. April 1905.

[7]) Vgl. die Begründung zum Gesetzesentwurfe, betreffend gewerbliche Berufsvereine, a. a. O. S. 5004.

[8]) Vgl. Dr. G. Baum, Das Recht des Arbeitsvertrags, Leipzig 1911, S. 119, 120. Über die Bedeutung von § 152 Abs. 2 GewO. vgl. Brentano, Der Schutz der Arbeitswilligen, Berlin 1912, S. 15; anders v. Jagwitz, Schutz der Arbeitswilligen, Berlin 1904, S. 33 ff.

Digitized by Google

Entwicklung Deutschlands, die nicht mehr die Einzelarbeit, sondern die organisierte Arbeit zur Grundform hat."[9]) Inwiefern ist es daher wirtschaftlich gerechtfertigt und politisch zulässig, die engeren verwickelten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu erweitern oder abzuändern und vor allem für die Verleihung der Rechtsfähigkeit an Berufsvereine ein anderes Verfahren einzuführen als das des Bürgerlichen Gesetzbuchs; ein anderes Verfahren, welches der dringenden sozialen Forderung erleichterter Eintragung der Berufsvereine in das Vereinsregister unter entsprechenden wirksamen Schutzmaßregeln Rechnung trägt und die Berufsvereine von der Willkür der Verwaltungsbehörden freimacht?

Es ist in Wissenschaft und Praxis beliebt, die Bestrebungen nach Änderung des geltenden Rechtes mit einem Hinweis auf die ausländische Gesetzgebung zu begründen, die viel vollkommener sein soll als die unsrige. Insbesondere wird auf die Länder angelsächsischer Rasse häufig Bezug genommen. Dort sind die Vorschriften für die Rechtsfähigkeit der Berufsvereine in kurzem folgende:

Das englische Gewerkvereinsgesetz vom 29. Juni 1871 gab den englischen Gewerkvereinen neben der gesetzlichen Anerkennung ausdrücklich die Befugnis, sich in das Vereinsregister eintragen zu lassen und so eine allerdings in eigentümlicher Weise beschränkte Rechtsfähigkeit zu erwerben. Der Umfang des Begriffs der „Trade Union" wurde in einem Zusatzgesetze vom 30. Juni 1876 bestimmt umgrenzt. In dem Gesetze von 1871 ist eine Verpflichtung zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit nicht aufgestellt worden; und das Gewerbestreitigkeitsgesetz vom 21. Dezember 1906[10]) hat mit der noch zuletzt durch das Urteil des Oberhauses vom 22. Juli 1901 im Taffstalfall ausgesprochenen zivilrechtlichen Haftbarkeit der Gewerkvereinskassen bei Klagen auf Schadenersatz endgültig gebrochen.

Ähnlich wie in England gestattet ein Bundesgesetz der Vereinigten Staaten vom Jahre 1886 in Amerika die Eintragung

---

[9]) Vgl. (auch weiter) die vorzüglichen Ausführungen von Köppe, Der Arbeitstarifvertrag als Gesetzgebungsproblem, Jena 1908, S. 299 f.

[10]) Trade Disputes Act § 4: „Kein Gerichtshof soll eine Klage gegen einen Gewerkverein, sei es ein solcher von Arbeitern oder Meistern, oder gegen seine Mitglieder oder Beamten, mag die Klage gegen diese persönlich oder nur als Vertreter der übrigen Mitglieder erhoben werden, wegen einer schädigenden Handlung des Gewerkvereins selbst oder zu seinen Gunsten annehmen."

Digitized by Google

der nationalen Gewerkvereine, „vorausgesetzt, daß sie zwei oder mehr Zweigvereine in den verschiedenen Staaten und ihren Hauptsitz im Bezirke von Columbia haben“ [11]). Entsprechende Gesetzesbestimmungen gelten in mehreren Einzelstaaten der Union, so in New-York, Massachusetts, Maryland, Michigan und Jova. Aber weder das Bundesrecht noch die einzelstaatlichen Gesetze stellen die Erlangung der Rechtsfähigkeit als Zwang für die Gewerkvereine fest. Und aus ähnlichen Erwägungen heraus wie im Deutschen Reiche haben in Amerika die Berufsvereine von dieser Befugnis nur in den wenigsten Fällen Gebrauch gemacht. Ein Unterschied von der neueren englischen Gesetzgebung besteht darin, daß in Amerika die Gewerkschaften wenigstens theoretisch für ihre Handlungen und Schadenszufügungen oder die ihrer Mitglieder und Beamten verantwortlich sind. Daß allerdings in der Praxis es für den Kläger sehr schwer ist, den Prozeß zu führen und zur Befriedigung etwa durch Urteil zugebilligter Schadenersatzforderungen die Kassen der Gewerkvereine in Anspruch zu nehmen, wird nicht verkannt. Diese Tatsache hat auch wieder praktisch zu einer Unantastbarkeit der Gewerkvereine in bezug auf die gerichtliche Verfolgung geführt, die der gesetzlichen Verantwortungslosigkeit gleichkommt.

Dem englischen Vorbilde des Gesetzes von 1871 sind in dem australischen Staatenbunde die Einzelstaaten zu verschiedenen Zeiten gefolgt, und zwar haben Südaustralien 1876, Neuseeland 1878, Viktoria 1881, Queensland 1886, Tasmanien 1889 und Westaustralien 1902 unter zumeist wörtlicher Übernahme der Vorschriften im Gesetze des Mutterlandes die Berechtigung zur Eintragung der Berufsvereine festgesetzt. Ebenfalls mit dem englischen Rechte übereinstimmend ist in Australien die Haftbarkeit der Verbandsgeldbestände bei allen Schadenersatzforderungen ausgeschlossen. Es heißt in den Gesetzen der verschiedenen Staaten gleichlautend [12]):

„Nichts in diesem Gesetze soll irgend einem Gerichtshof erlauben, ein Gerichtsverfahren mit dem Ziele aufzunehmen, nachfolgende Übereinkommen zu erzwingen oder Schadenersatz für ihren Bruch zu verlangen:

1. . . . . .

---

[11]) Vgl. Gilman, Methods of industrial peace, Boston und New-York 1904, S. 104.

[12]) Neuseeland: Trade Unions Act 1878 Nr. 8, sect. 5; Neusüdwales: 45 Vict Nr. 12, sect. 4; Queensland: 50 Vict. Nr. 29, sect. 26 usw.

Digitized by Google

3. ein Übereinkommen, das sich auf die Verwendung von Geldbeträgen des Verbandes bezieht,
   a) . . . .
   b) um irgend eine Strafe, die durch Richterurteil auferlegt ist, zu übernehmen."

Des augenblicklichen Interesses halber seien noch zwei ausländische Gesetzentwürfe aus der jüngsten Zeit erwähnt, die sich mit der Rechtsfähigkeit der Berufsvereine beschäftigen:

In Spanien beabsichtigte die Regierung, dem Kongreß ein Gesetz zur Beschlußfassung vorzulegen, das die Rechtsfähigkeit der Arbeitergewerkvereine anerkennt. Der nähere Inhalt dieses Vorschlags ist noch nicht bekannt geworden.

Der belgischen Deputiertenkammer hatte der liberale Abgeordnete Dévire den Antrag auf gesetzliche Zulassung des gemeinsamen Arbeitsvertrags eingereicht. Als vertragschließende Parteien sollen nur Berufsvereinigungen von Unternehmern und Arbeitern eines Gewerbes zugelassen werden, die Rechtsfähigkeit besitzen. Es wird hierdurch mittelbar die in einem Gesetze vom 31. März 1898 den Berufsvereinen gewährte Befugnis in einen Zwang zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit umgewandelt, da die Vorteile eines gesetzlich anerkannten Arbeitsvertrags nur rechtsfähigen Vereinen zukommen sollen. Über den Antrag war eine Beschlußfassung meines Wissens bei Kriegsausbruch ebenfalls noch nicht erfolgt.

Es muß daran festgehalten werden, daß die angeführten ausländischen Gesetze sich auf die deutschen Verhältnisse nicht übertragen lassen, zum Teile deshalb, weil sie in Staaten Geltung besitzen, die in politischer und wirtschaftlicher Beziehung sowohl wegen der Produktionsordnung wie nach dem Wesen und der Tätigkeit der Arbeiterverbände wenigstens in der Gegenwart noch ganz anders geartet sind als das Deutsche Reich, vor allem aber aus dem praktisch-sozialpolitischen Grunde, weil ohne die Einführung eines Zwanges zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit eine Verbesserung der vorherrschenden Lage nicht erreicht werden kann. Ob auch die in der ausländischen Gesetzgebung nicht vorhandene Haftbarkeit der Gewerkvereinskassen für Handlungen des Vorstandes oder der Mitglieder der Berufsvereine im Arbeitskampf als Gegengewicht gegen die mit der Rechtsfähigkeit verbundenen Befugnisse in einen Gesetzesvorschlag eingearbeitet werden muß, wird sogleich noch geprüft werden.

Digitized by Google

Die Forderung, den Berufsvereinen in irgend einer Form Rechtsfähigkeit zu geben, hat im deutschen Reichstag eine lange Geschichte. Sie wurde schon im Jahre 1869 von Schulze-Delitzsch und Genossen unter Vorlage eines Gesetzentwurfes, betreffend die privatrechtliche Stellung von Vereinen, erhoben[13]). Sie fand im Jahre 1890 in dem freisinnigen Abgeordneten Hirsch einen eifrigen Verfechter, der einen bereits 1885 von den Hirsch-Dunckerschen Gewerkvereinen ausgearbeiteten Gesetzentwurf aufnahm und dem Reichstage zur Beschlußfassung vorlegte[14]). Seitdem ist fast in jeder Tagung des Reichstags das alte Begehren wieder gestellt worden[15]). Die Hoffnung auf Erledigung der Angelegenheit im Rahmen des Bürgerlichen Gesetzbuchs wurde nicht erfüllt; man hatte gegen eine über das Bürgerliche Gesetzbuch hinausgehende Verbesserung der rechtlichen Stellung von eingetragenen Berufsvereinen erhebliche Bedenken[16]), denen die Motive in folgender Weise Ausdruck gaben: „Unter den Vereinen mit idealen Tendenzen erheischen besondere Beachtung die politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereine .... In der Tat muß die Rücksicht auf die Folgen, welche sich für das Gemeinwohl und den öffentlichen Frieden aus dem Machtzuwachs ergeben können, der unverkennbar mit der Erlangung der Rechtsfähigkeit verbunden ist, davon abhalten, den politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereinen die Rechtsfähigkeit unter den gleichen Voraussetzungen zugänglich zu machen wie den übrigen Vereinen zu idealen Zwecken. Zwar sind die hier in Rede stehenden Vereine nach dem öffentlichen Vereinsrechte der meisten deutschen Staaten gewissen Beschränkungen und in einem weiteren Umfang als andere private Vereine der Staatsaufsicht unterworfen. Allein für große Rechts-

---

[13]) Drucksachen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, I. Legislaturperiode, Sitzungsper. 1869, Nr. 164.

[14]) Antrag vom 14. Mai 1890, Stenographische Berichte des Reichstags, VIII. Legislaturperiode, I. Session 1890/91, erster Anlageband, Drucksache Nr. 32, S. 161 ff.

[15]) Vgl. die Zusammenstellung im 102. Berichte der Petitionskommission, Drucksachen des Reichstags, X. Legislaturperiode, II. Session 1900/03, Nr. 720; ferner die Begründung zum Gesetzentwurfe, betreffend gewerbliche Berufsvereine, a. a. O. S. 5002.

[16]) Staatssekretär Graf Posadowsky im Reichstag am 24. November 1906 bei der ersten Beratung des Gesetzentwurfes vom 12. November 1906; Stenographische Berichte, XI. Legislaturperiode, II. Session 1905/06, Bd. 5 S. 3889.

Digitized by Google

gebiete reichen die nach dem öffentlichen Rechte der Staatsgewalt eingeräumten Machtbefugnisse nicht aus, um den angedeuteten, mit dem Systeme der Normativbestimmungen in höherem Maße verbundenen Gefahren zu begegnen. Diese Sachlage darf bei der privatrechtlichen Regelung der Vereine nicht unberücksichtigt gelassen werden; sie fordert, daß bezüglich der politischen, sozialpolitischen und religiösen Vereine der Verwaltung ein Einfluß auf den Erwerb der Rechtsfähigkeit gewahrt bleibe." Zu diesen theoretischen Bedenken gesellte sich noch die auch gegen die Einbeziehung anderer größerer Gebiete in das Bürgerliche Gesetzbuch ins Feld geführte mehr praktische Erwägung; die Frage der Verleihung der Rechtsfähigkeit an die Berufsvereine ist eine so schwierige, daß man in diese heikle Forderung nicht weiter eindringen wollte und konnte, um nur einmal die große nationale Gesetzgebungsarbeit des Bürgerlichen Gesetzbuchs abzuschließen. Man steht heute ziemlich übereinstimmend mit der Reichstagskommission zur Vorberatung des Bürgerlichen Gesetzbuchs[17]) auf dem Standpunkte, daß die Bedenken, die 1896 zu einer Regelung der Lage der Berufsvereine im bürgerlichen Rechte es nicht kommen ließen, wenigstens bei Errichtung einer genügenden Schutzwehr gegen den Mißbrauch des Machtzuwachses, nicht mehr von Bedeutung sind, und daß man 1896 die Gelegenheit zu einfacher Lösung der Frage verpaßt hat[18]). Während sich die Verbündeten Regierungen bis in den Anfang des 20. Jahrhunderts hinein gegen die erhobene Forderung standhaft ablehnend verhielten, gaben sie, vielleicht auf Betreiben des Staatssekretärs Grafen Posadowsky, dem wieder und wieder gestellten Verlangen nach und ließen zum ersten Male am 30. Januar 1904 im Reichstage die Geneigtheit der Verbündeten Regierungen verkünden, unter gewissen Einschränkungen den Vereinigungen von Arbeitgebern und Arbeitern die Rechtsfähigkeit zu verleihen[19]). In der Thronrede vom 28. November 1905, also nach fast zwei Jahren, wurde der Gesetzentwurf mit der Aufforderung in nahe Aussicht gestellt: „Gegenwärtig wird Ihre Mitwirkung erbeten, um den

---

[17]) Vgl. Dr. O. Ballerstedt, Rechtsfähigkeit der Berufsvereine, Berlin 1905, S. 15, 16.

[18]) Staatssekretär Dr. Delbrück im Reichstag am 29. Februar 1912, Verhandlungen des Reichstags, XIII. Legislaturperiode, I. Session, Bd. 283, Stenographische Berichte S. 355.

[19]) Staatssekretär Graf Posadowsky, Stenographische Berichte, XI. Legislaturperiode, I. Session, 1. Sessions-Abschnitt 1903/04, Bd. 1 S. 610.

Digitized by Google

gewerblichen Berufsvereinen den Erwerb der Rechtsfähigkeit zu erleichtern." Erst nachdem ein weiteres Jahr verstrichen war, wurde endlich am 13. November 1906 dem Reichstage der Entwurf eines Gesetzes, betreffend gewerbliche Berufsvereine, vom 12. November 1906, 23 Paragraphen umfassend, vorgelegt. Während der Gesetzentwurf in der Tagespresse, mit Ausnahme der sozialdemokratischen Blätter, im ganzen Billigung fand, übten an ihm die Parteien im Reichstag, indem sie an seine einzelnen Bestimmungen anknüpften, eine recht herbe Beurteilung; man stellte sich auf den Standpunkt, daß der Entwurf wohl als brauchbare Grundlage für die Kommissionsverhandlungen angesehen werden könne, denen es vorbehalten bleiben müsse, mit dem vorgelegten Entwurf eine Umgestaltung „an Haupt und Gliedern" vorzunehmen, und man beschloß demgemäß Verweisung an eine Kommission von 28 Mitgliedern. Zu deren Beratung ist es infolge der Reichstagsauflösung am 13. Dezember 1906 nicht mehr gekommen. — Vor der Verabschiedung des Reichsvereinsgesetzes vom 19. April 1908 hatte Staatssekretär Graf Posadowsky darauf hingewiesen, daß bei der Gestaltung des Gesetzes es eine Kleinigkeit sein würde, durch einige Paragraphen das Recht der Berufsvereine nach der privatrechtlichen Seite zu regeln [20]). Diese Annahme erwies sich, übrigens folgerichtig im Rahmen des nur öffentlichrechtliche Vorschriften enthaltenden Vereinsgesetzes, als trügerisch. Seitdem ist die Forderung, den Berufsvereinen den Weg zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit zu ebnen, nicht mehr verstummt; sie hat bisher als eine der verwickeltesten Fragen in der heutigen Sozialpolitik gesetzliche Anerkennung nicht finden können, weil die Verleihung der Rechtsfähigkeit auch für alle möglichen anderen noch der Lösung harrenden sozialpolitischen Aufgaben von schwerwiegenden Folgen begleitet sein kann. Wird sie einer für Reich und Staat befriedigenden Erledigung zugeführt, so ist zugleich ein guter Teil der Schwierigkeiten behoben, die sich der gesetzlichen Regelung des Tarifvertragswesens und der Schaffung von Vertretungen der Arbeiter in Arbeitskammern oder im Reichseinigungsamte, der Erhöhung des Arbeitswilligenschutzes und Bekämpfung des Streikpostenunwesens entgegenstemmen. Von besonderem Einflusse wird sie endlich noch auf das Verhältnis der freien Gewerkschaften zur sozialdemokra-

[20]) Im Reichstage am 11. April 1907, Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session 1907, Bd. 227, Stenographische Berichte S. 687.

Digitized by Google

tischen Partei sein, zwischen die mit der Rechtsfähigkeit der Berufsvereine ein Keil hineingetrieben würde.

Es führt über den Rahmen der gestellten Aufgabe hinaus, die einzelnen Bestimmungen des Gesetzentwurfes vom 12. November 1906 auf ihre praktische Brauchbarkeit hin einer Durchsicht zu unterziehen. Namentlich von den bürgerlichen Parteien sind als Errungenschaften, die in dem Entwurf eingeschlossen liegen, anerkennend hervorgehoben worden, daß für die Rechtsfähigkeit der Berufsvereine in privatrechtlicher Beziehung eine allgemeine gleiche Rechtsgrundlage über die verschiedenen Bundesstaaten hinweg gegeben, und daß das Ermessen der Verwaltungsbehörden ausgeschaltet und durch den bestimmten Paragraphen des Gesetzes ersetzt wird. Dazu kämen dann die vermögensrechtlichen Vorteile, käme die beachtenswerte Besserstellung der Frau im Vereinsleben, käme die große Wohltat des Mitgliederlistenschutzes, der es dem Arbeiter ermöglicht, ohne Furcht und Bangen von seinem Beitrittsrechte Gebrauch zu machen. Daß dieses Recht nicht einem Zwange gewichen ist, sei ein weiterer Vorzug des Entwurfes. Auf der anderen Seite würde dafür gesorgt, daß Einbrüche in berechtigte Interessengebiete, auch der Minderheiten im Vereinsbetriebe, hintangehalten werden. — Darin ist ja gerade die sozialpolitische Notwendigkeit eines Gesetzes wie des 1906 vorgelegten und seine grundlegende Bedeutung zu finden, daß staatlich anerkannte Arbeiterverbände, mit ausgedehnter Bewegungsfreiheit und -Sicherheit und mit gleichen Rechten wie die Unternehmerorganisationen ausgestattet, geschaffen werden, und mittelbar, daß damit der vertraglichen Regelung der Arbeitsbedingungen weiter Spielraum gewährt ist. Die in ein solches Gesetz einzuarbeitenden Einzelheiten: die Fragen, unter welchen Bedingungen die Rechtsfähigkeit zu verleihen ist, aus welchen zivil- und öffentlichrechtlichen Gründen insbesondere ein Berufsverein aufgelöst werden kann; die Frage der Schadensersatzberechtigung des Arbeitgebers im Falle des Massenvertragsbruchs; die Schwierigkeit, die Organisation zur Innehaltung bestimmter Regeln bei der Förderung von Streiks zu verpflichten; die Aufgabe, Unterstützungsansprüche der Vereinsmitglieder zu sichern; endlich die notwendige Beschränkung des Kreises der in den Berufsvereinen organisierten Mitglieder auf die gewerblichen unter Ausschluß der Land- und Eisenbahnarbeiter: das sind lauter Punkte, die eingehender Erwägung und im einzelnen wohl auch einer Abänderung unterzogen werden konnten. Über sie hinweg würde man

Digitized by Google

jedoch im Wege des Ausgleichs unter den Parteien zu einem befriedigenden Ergebnisse gelangen können; sie alle würden die Bejahung der Bedürfnisfrage für ein solches Gesetz nicht zu beeinflussen imstande sein. Der Angelpunkt indes ist die Frage der zivilrechtlichen Haftbarkeit des Vereins für den vom Vereinsvorstand oder dessen Vertreter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen einem Dritten zugefügten Schaden, die Anwendung des § 31 BGB. auf die Berufsvereine. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß an dieser in dem Gesetzentwurf enthaltenen Vorschrift infolge des Widerstandes des Reichstags die Vorlage des Jahres 1906 zu Fall gekommen wäre, wenn das Plenum darüber Beschluß zu fassen gehabt hätte. Und doch ist eine Vorschrift, die das Gewerkschaftsvermögen für den einem Dritten im Arbeitskampfe durch den Verein oder seine Beamten zugefügten Schaden haftbar macht, nicht zu entbehren. Mit doppeltem Grunde: einmal aus Erwägungen der allgemeinen Billigkeit wie bei allen anderen juristischen Personen, die es ausgeschlossen sein lassen, daß der Staat einer privatrechtlichen Personenmehrheit und ihrer Vertretung das Recht einräumt, anderen ohne Ersatzpflicht einen Schaden zu verursachen, dessen Zufügung einzelne Personen haftbar machen würde. „Den Berufsvereinen soll die Rechtsfähigkeit, nicht aber eine auf Kosten Dritter privilegierte Rechtsfähigkeit gegeben werden; und wenn von ihnen erwartet wird, daß sie die gesetzlichen Grenzen einhalten, die jedermann gezogen sind, so liegt darin gewiß nicht eine unbillige Einschränkung ihrer Bewegungsfreiheit.“[21]) Ein zweiter wichtiger Punkt für die Aufnahme einer den allgemeinen Regeln über Schadensersatzverbindlichkeit irgendwie entsprechenden Bestimmung ist mehr politischer Natur. Als im Jahre 1906 die gesetzliche Anerkennung der rechtsfähigen Berufsvereine in greifbare Nähe gerückt war, hatte, wie schon vorher, die Sozialdemokratie, die Beherrscherin der freien Gewerkschaften, es mehr als einmal zu erkennen gegeben, daß sie, wenn den Berufsvereinen die freieste Organisation mit gesetzlicher Grundlage gewährt würde, auf alle sozialpolitischen Gesetze der bürgerlichen Gesellschaft zu verzichten in der Lage sei, weil sie dann die Macht in Händen zu halten und alles in ihrem Sinne richten zu können glaubte[22]). Ist

[21]) Aus der Begründung zum Entwurfe vom 12. November 1906, Stenographische Berichte a. a. O. S. 5005.

[22]) Bebel bei der Maifeier einer Gewerkschaft, angeführt bei Ballerstedt a. a. O. S. 41.

Digitized by Google

auch unzweifelhaft darin eine starke Übertreibung zu erblicken, würde beispielsweise im gewerblichen Leben ein Wegfallen der Unternehmerbeiträge und des Reichszuschusses die ganze Arbeiterversicherung wirkungslos machen, so bleibt doch das bestehen, worauf auch der frühere Minister Freiherr v. Berlepsch einmal hingewiesen hat: „Die als rechtsfähig anerkannte Koalition und Gewerkschaft kann die freie Disposition des Unternehmers wenn nicht aufheben, so doch sicher beschränken, und die Festsetzung dieser notwendigen Grenze wird in dem Ringen zwischen Unternehmer und Arbeiterkoalition zu einer Machtfrage."[23]) Die Verbündeten Regierungen werden daher auch aus diesem politischen Gedanken heraus auf die Einfügung einer Vorschrift über die Schadensersatzverpflichtung des Vereins in ein Gesetz, betreffend die Rechtsfähigkeit der Berufsvereine, als gewichtigste Ergänzung zu der Erweiterung der den Vereinen gegebenen Rechte nicht verzichten können, wollen sie sich nicht das Heft aus der Hand winden lassen. Die englische, im Gewerbestreitigkeitsgesetze von 1906 niedergelegte Erfahrung scheint gegen diesen Grundsatz zu sprechen. Sie kann jedoch zum Vergleiche hier nicht herangezogen werden; zunächst sind, wie auch vorher bemerkt, das Wesen und die Tätigkeit der Arbeiterverbände in England anders geartet als bei uns, und dann schließt das englische Gesetz die Schadensersatzpflicht unter einem anderen Gesichtspunkt aus, deshalb nämlich, weil dort den Gewerkvereinen in den ihre Rechtsfähigkeit regelnden Gesetzen von 1871 und 1876 absichtlich nicht die volle, sondern nur die Rechtsfähigkeit „für die Zwecke dieser Gesetze" verliehen worden ist. Auch dienen die Mißbräuche, die in England mit der Eintragung in das Vereinsregister unter Ausschluß der Schadensersatzpflicht getrieben worden sind, zur Warnung. — Aus der zu erwartenden Befürchtung, daß durch die Schadensersatzverpflichtung die Kassenbestände der deutschen Arbeitervereine gefährdet werden, ergibt sich wieder die Wahrscheinlichkeit, daß die Berufsvereine von der ihnen gewährten Befugnis zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit keinen Gebrauch machen werden[24]), und daß damit ein so gefaßtes Gesetz einen ökonomischen Mißerfolg bedeuten müßte. Will man dieser Gefahr der Wirkungslosigkeit durch

---

[23]) Angeführt bei Ballerstedt a. a. O.

[24]) Vgl. Korrespondenzblatt der Generalkommission der Gewerkschaften Deutschlands, 1906, Nr. 47: „Ein Antigewerkschaftsgesetz"; ebenso Erklärung des Vorstandes des Gesamtverbandes der christlichen Gewerkschaften Deutschlands im „Reich" vom 4. Dezember 1906.

Digitized by Google

Aufrichtung der gesetzlichen Verpflichtung zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit begegnen, so ist es nicht zweifelhaft, daß das ganze Gesetz in einer solchen Form nicht auf die Zustimmung des Zentrums, der fortschrittlichen Volkspartei und der Sozialdemokraten und damit nicht auf die Bewilligung des Reichstags in der bisherigen Zusammensetzung zu rechnen hätte.

Der von der Reichsregierung im Jahre 1906 eingeschlagene Weg erweist sich also auch für die Gegenwart und Zukunft nicht als gangbar. Auf eine andere Art, der Rechtsstellung der Berufsvereine diejenige gesetzliche Regelung widerfahren zu lassen, die ihrem Wesen, ihrer Zwecksetzung, vor allem aber ihrer Stellung und der praktischen Wirksamkeit im öffentlichen Leben entspricht, hat Köppe im „Arbeitstarifvertrag als Gesetzgebungsproblem“[25]) aufmerksam gemacht. Der Vorschlag von Köppe ist meines Erachtens in der Tat die einzige Möglichkeit, wie unter den heutigen Verhältnissen eine Lösung der brennenden Frage erreicht werden kann. Er soll hier kurz angedeutet werden: Die Berufsvereine bedürfen zum Erwerbe der Rechtsfähigkeit nicht der Eintragung in das Vereinsregister[26]); sie sind, ohne daß ihnen formell die Rechtspersönlichkeit beigelegt wird, ähnlich wie die mit der Macht der juristischen Person ausgestatteten Gesellschaften des Handelsrechts vom Augenblick ihres Entstehens an bei Erfüllung ausreichender Normativbestimmungen rechtsfähig und genießen ohne Einschränkung alle diejenigen Rechte und Pflichten, die auch den übrigen rechtsfähigen Personenmehrheiten gegeben sind. Es kommen dabei vornehmlich in Betracht: die aktive Prozeßfähigkeit, die Haftung nur des Vereinsvermögens aus Verträgen, die der Verein als solcher durch seine Vertreter abgeschlossen hat, die Gleichstellung mit den anerkannten rechtsfähigen Vereinen in Ansehung der Folgen von unerlaubten Handlungen dieser Vertreter und die Fähigkeit, Vermögen jeder Art selbständig zu besitzen, zu verwalten und darüber zu verfügen. Mit Rücksicht auf die Sicherung des Staates kann — das steht im Gegensatze zu den Ausführungen Köppes — der Kreis der in dieser Weise rechtsfähigen Berufsvereine nicht unbeschränkt bleiben. Den zweckentsprechenden Grundlagen des Gesetzentwurfes vom 12. November 1906 wird am ehesten eine Begriffs-

[25]) A. a. O. S. 309 ff.

[26]) Die Anmeldung und Eintragung werden indessen ohne rechtsbegründende Wirkung aus Zweckmäßigkeitsgründen vorzuschreiben sein, vgl. Köppe a. a. O. S. 323.

Digitized by Google

bestimmung der rechtsfähigen Berufsvereine in Anlehnung an § 152 GewO. gerecht. Zu dem in der Gewerbeordnung bezeichneten Ziele der Vereinsbestrebungen („Erlangung günstiger Lohn- und Arbeitsbedingungen") wird aus § 1 des Gesetzentwurfes von 1906 noch die Unterstützung der Vereinsmitglieder hinzukommen müssen. Jedoch geht die Ausdehnung des Vereinszwecks auch auf Bestrebungen zur Veränderung der Gesetzgebung, wie sie die Resolution Roesicke-Dr. Pachnicke am 7. Februar 1903[27]) forderte, mangels der notwendigen Bestimmbarkeit über die von vorneherein zu steckenden Grenzen hinaus. Das zweite große Sicherungsmittel für den Staat, das auch den Verlust irgend eines Einflusses der Verwaltungsbehörde auf die Tätigkeit der Vereine wett zu machen geeignet sein muß, ist die gesetzliche Festlegung und Begrenzung der Verantwortlichkeit der Berufsvereine, und zwar der Verbände der Unternehmer wie der der Arbeiter[28]). Von den politischen Parteien mit Ausnahme der Sozialdemokratie wird anerkannt, daß die Berufsvereine nicht berechtigt sein dürfen, einem Dritten beliebig Schaden zuzufügen. Dagegen ist die Fehde gegen den Gesetzentwurf von 1906 darin nicht unberechtigt, daß eine einfache Übertragung des § 31 BGB. in Verbindung mit §§ 249 und 829 a. a. O. auf die rechtsfähigen Berufsvereine die Grenzen der Haftung nicht genügend klar erkennen läßt und gerade infolge dieser Unbestimmtheit den Unternehmern in erster Linie eine Handhabe gibt, die Gewerkschaftskassen mit Schadensersatzforderungen anzugreifen. Die nähere Erfassung der Schadensersatzverpflichtung nicht nur für Handlungen des Vorstandes und der Vertreter, sondern auch für die der Mitglieder ist daher von nöten. Nach dem geltenden Rechte haftet der Verein bei Bestehen eines Tarifvertrags nicht für Tarifverletzungen eines seiner Mitglieder und ihre Folgen, wenn diese Haftung nicht im Tarifvertrage selbst oder durch besonderen Deckungsvertrag, wie im Buchdruckergewerbe, vom Verein übernommen worden oder solange nicht der Verein an der Verletzung irgendwie beteiligt ist. Einer gesetzlichen Ausdehnung der Haftpflicht der Verbände nach dieser Richtung hin das Wort zu reden, liegt kein Grund vor. Die vertragsmäßige Festsetzung einer solchen Bürgschaftsübernahme muß

---

[27]) Stenographische Berichte des Reichstags, X. Legislaturperiode, II. Session 1900/1903, 8. Anlageband, Drucksache Nr. 849, S. 5720.

[28]) Auf den § 104 g GewO. über die durch Verleihung des Bundesrats mit Körperschaftsrechten ausgestatteten Innungsverbände ist zu verweisen.

Digitized by Google

den Parteien überlassen bleiben. Da im übrigen der Verband als solcher nur durch seine dazu bestellten Vertreter handeln kann, so ist eine Härte darin nicht zu erblicken, daß die Verantwortlichkeit des Verbandes für seine Organe oder Bevollmächtigten nicht nur auf deren Verhalten bei Abschließung und Erfüllung von Rechtsgeschäften beschränkt bleiben kann, sondern sich auch auf sonstige Handlungen erstreckt, die von den Organen oder Bevollmächtigten in Ausführung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangen sind und zum Schadensersatze nach allgemeinen gesetzlichen Regeln verpflichten. „Den Tarifverletzungen der einzelnen Mitglieder gegenüber erwächst aus der Solidarität der Interessen das Recht und die Pflicht des Verbandes, sie zur Erfüllung ihrer Tarifpflichten anzuhalten und bei deren Verletzung mit den gegebenen Mitteln gegen sie einzuschreiten."[29]) Während bisher im Lohnkampfe den Arbeitern ein Recht, mit Schadensersatzforderungen gegen die Arbeitgeber klagbar vorzugehen, nur in sehr beschränktem Umfange zustand, liegt die Bedeutung der Neuregelung gerade für die rechtsfähigen Gewerkschaften darin, daß in streng unparteiischer Weise der Gedanke der Haftbarkeit auch auf die Unternehmerorganisationen angewendet werden muß.

Endlich im Anschluß an die Regeln über die Verantwortlichkeit der Verbände noch ein Wort über die Frage der innerhalb des Verbandes beschränkten Haftbarkeit, wie sie in England bei den Beratungen der Königlichen Kommission nach dem Taffalfall und vor Verabschiedung des Gewerbestreitigkeitsgesetzes eine Rolle gespielt hat[30]). Es erscheint gerechtfertigt, Maßnahmen gesetzlich anzuerkennen, durch welche die Zentralleitung eines Berufsvereins sich gegen nicht genehmigte und sofort gemißbilligte Handlungen von Beamten der Zweigvereine schützen kann. Es muß dabei der Tatsache Rechnung getragen werden, daß sich vornehmlich die Arbeiterberufsvereine wegen der halb unabhängigen Stellung mancher Zweigvereine von der Zentralleitung in einer eigenartigen Lage befinden, und daß es eine Härte bedeuten müßte, das Vermögen des ganzen Vereins für die nicht genehmigten Handlungen des Beamten irgendeines Zweigvereins haften zu lassen[31]).

Der gesetzlichen Regelung der rechtsfähigen gewerblichen Be-

---

[29]) Vgl. Köppe a. a. O. S. 313—315, auch für das Vorhergehende.

[30]) Vgl. Reichsarbeitsblatt 1906 Nr. 4.

[31]) Staatssekretär Graf Posadowsky im Reichstag am 24. November 1906, a. a. O.

Digitized by Google

rufsvereine, die durch ein besonderes Gesetz, eine Novelle zum Bürgerlichen Gesetzbuch oder im Anschluß an den siebenten Titel der Gewerbeordnung, zu erfolgen hätte, muß es im einzelnen unter Verwertung der soeben in großen Zügen gezeichneten Grundlinien zur Aufgabe fallen, einen Teil der Bestimmungen der §§ 26—53 BGB. bestehen zu lassen, einen anderen abzuändern, einen dritten für die Berufsvereine außer Anwendung zu setzen, und endlich, namentlich zur Regelung des gerichtlichen Auflösungsverfahrens, an Stelle der im Bürgerlichen Gesetzbuche vorhandenen besondere Bestimmungen ergehen zu lassen.

Ein schwieriges Gesetzgebungswerk bleibt mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Berufsvereine aufzurichten, ein Gesetz, bei dem wie selten bei einem anderen die verschiedenartigen Interessen der einzelnen Gruppen im Lande wie in den gesetzgebenden Körperschaften sich aneinander reiben werden. Wenn die Lösung der Aufgabe jedoch in befriedigender Weise gelingt, so sind noch eine ganze Reihe von weiteren Vorteilen, wie oben hervorgehoben, darin eingeschlossen, von denen besonders die beiden folgenden ins Auge springen: einmal wird man auf der Grundlage der rechtsfähigen Berufsvereine über klagbare und vor allem über vollstreckbare Tarifverträge verfügen können. Und als für das Staatsgefüge wichtigere Folge tritt dann noch das hinzu, daß einem Mißbrauche des Koalitionsrechts, der Anstiftung ungerechter Streiks, dem Massenvertragsbruche durch die mit der Rechtsfähigkeit verbundene Verantwortlichkeit ein Riegel vorgeschoben wird. An die Stelle des jetzigen vertraglosen Zustandes werden in erhöhtem Maße Vereinbarungen und Verträge treten, die das Kampfesmittel des Streiks und der Aussperrung vermehrt überflüssig erscheinen lassen. Auch das kann erwartet werden, daß die Gewerkschaften durch die mit der Rechtsfähigkeit verbundene Stärkung mehr und mehr die wirtschaftlichen Ziele im gewerblichen Leben in den Vordergrund schieben und sich von der Gefolgschaft der sozialdemokratischen Partei freimachen werden. In dieser Hinsicht ist also die Gewährung der Rechtsfähigkeit an die Berufsvereine im tiefsten Sinne des Wortes ein Werkzeug zur Förderung des sozialen Friedens, des Einvernehmens zwischen Unternehmern und Arbeitern und der Neu-Orientierung der Arbeiterbewegung als solcher, die sich von allen politischen Unabhängigkeitsbestrebungen der freien Lohnarbeiterschaft im heutigen Klassenkampfe loslöst, nur nach den Grundlagen der herrschenden Wirtschaftsordnung.

Digitized by Google

II.

Einigungsverfahren.

Außer in paritätischen Vereinbarungen über das künftige Arbeitsverhältnis wird bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern der Grundsatz der Verständigung zwischen den Parteien des gewerblichen Arbeitsverhältnisses zur Vermeidung von Arbeitskämpfen noch in einer zweiten Form verwirklicht: im Einigungsverfahren. Wie der Einzelarbeitsvertrag und der Tarifvertrag, so hat auch das Einigungsverfahren seine Zwecksatzung darin, die Bedingungen des Arbeitsverhältnisses durch eigene Willenserklärungen der Parteien festzustellen. Es unterscheidet sich in Übereinstimmung mit dem Tarifvertrage vom Einzelarbeitsvertrage durch die auf der Arbeiterseite immer auftretende Vielheit von Personen; und während Arbeits- und Tarifvertrag sich auf ein künftiges Arbeitsverhältnis beziehen, hat das Einigungsverfahren die Aufgabe, Mißverständnisse aus bestehenden Arbeitsverhältnissen zur Wiederaufnahme oder Fortsetzung des Arbeitsvertrags auszugleichen.

Aus der Auffassung heraus, daß Meinungsverschiedenheiten über das Arbeitsverhältnis stets eine innere Angelegenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeiter bleiben müßten, und daß die einzig brauchbaren Grundlagen des Einigungswesens die Organisationen der Unternehmer und Arbeiter seien [1]), gingen die Parteien des Arbeitsvertrags, allerdings zunächst mit großen Bedenken und unter Überwindung gewaltiger Schwierigkeiten, an die Bildung gemeinschaftlicher Schlichtungsausschüsse heran. Die Entwicklung kam jedoch, hauptsächlich infolge des Widerspruchs der Großindustriellen, die sich weigerten, mit den Vertretern der Arbeiter zu verhandeln, nicht recht in Fluß. Man erkannte auch bald, daß es selbst bei vorhandener Geneigtheit zur Einigung zu einer wirklichen Einleitung solcher Verhandlungen gar nicht oder nicht rechtzeitig kam, weil es an einem Organe fehlte, das geeignet oder berufen gewesen wäre, die Leitung der Besprechungen und die Vermittelung zwischen den

[1]) Staatsminister Frhr. v. Berlepsch auf dem Kongresse der christlichen Gewerkschaften am 10. Oktober 1912 in Dresden.

Digitized by Google

streitenden Parteien in die Hand zu nehmen [2]). Dieser Erwägung verdankt der dritte Abschnitt des Gewerbegerichtsgesetzes vom 29. Juli 1902 über „die Tätigkeit des Gewerbegerichts als Einigungsamt" seine Entstehung. Die Einrichtung der Gewerbegerichte mit ihrer auf Sachkunde beruhenden unparteiischen Rechtsprechung im gewerblichen Arbeitsverhältnisse wurde in der Weise als Vermittelungsbehörde verwertet, daß das gewerbegerichtliche Einigungsamt bei „Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses" auf Antrag einer oder beider Parteien eine Aufklärung der Verhältnisse durch Vernehmung beteiligter Arbeitgeber und Arbeiter, für die der Erscheinungszwang besteht, oder von Auskunftspersonen vorzunehmen und eine Einigung zwischen den streitenden Parteien zu versuchen hat. Das Einigungsamt besteht aus dem Vorsitzenden des Gewerbegerichts und Vertrauensmännern der Arbeitgeber und Arbeiter in gleicher Zahl; die Vertrauensmänner werden von den Beteiligten bezeichnet oder durch den Vorsitzenden ernannt, sie dürfen nicht zu den Beteiligten gehören.

Das Urteil, das Schwittau über die Gewerbegerichte als Einigungsämter fällt, sie seien im günstigsten Falle überflüssig [3]), ist von der der ganzen Richtung des Schwittauschen Werkes über die Formen des wirtschaftlichen Kampfes entsprechenden Abneigung gegen jeden Eingriff in den freien Arbeitsvertrag eingegeben und geht unzweifelhaft zu weit. Die Einigungsämter der Gewerbegerichte haben teilweise große Erfolge in der Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten, in der Schaffung und Auslegung von Tarifverträgen erzielt. Indes gibt es zu denken, wenn selbst der verdienstvolle Vorsitzende des Berliner Gewerbegerichts, Magistratsrat v. Schulz, widerwillig anerkennen muß, daß die gewerbegerichtlichen Einigungsämter nicht in der Lage sind, die Schlichtung aller Streitigkeiten zu übernehmen, die aus den Arbeits- und Tarifverträgen fließen, und daß es ihnen nicht möglich ist, so schleunig zu arbeiten, wie es stets nötig wäre, da die eintretende Überbürdung sie daran hindern würde [4]). In der Tat hat auch der etwas schwerfällige Aufbau der Gewerbegerichte, die Notwendigkeit formeller

[2]) Aus der Begründung zum Entwurf eines Gewerbegerichtsgesetzes vom 6. Mai 1890; Stenographische Berichte des Reichstags, VIII. Legislaturperiode, I. Session 1890/91, 1. Anlageband, Anlage Nr. 5 S. 38.

[3]) Die Formen des wirtschaftlichen Kampfes, Berlin 1912, S. 382.

[4]) In den Annalen für Soziale Politik und Gesetzgebung 1. Bd. S. 185.

Digitized by Google

Anrufung, die oft als Schwäche der anrufenden Partei aufgefaßt wird, der Ausschluß der Organisationen von den Verhandlungen, vor allem das eingewurzelte Mißtrauen gegen den Eingriff fremder Stellen in der Gegenwart zu einer zweiten Blütezeit der gemeinschaftlichen Schlichtungsausschüsse geführt, die eine große Zukunft vor sich haben [5]). Man hat dabei häufig der fremden Vermittelung nicht ganz entraten zu können geglaubt. Und so treten heute neben die vornehmlich in Tarifverträgen eingesetzten Einigungsämter aus Unternehmern und Arbeitern je zur Hälfte unter Ausschaltung der Gewerbegerichte mit oder ohne Zuziehung eines Unparteiischen als Vorsitzenden mehr und mehr formlose Verhandlungen der streitenden Parteien vor dem Vorsitzenden des Gewerbegerichts allein, die häufiger und schneller zu einer Einigung führen.

Dieser heute herrschende Zustand, der die Gewerbegerichte nicht hat als vorbildliche Erfüllung der Forderung nach Einigungsbehörden erkennen lassen, und dem außer dem Erscheinungszwange bei den Gewerbegerichten jeder Zwang fehlt, wird unter Hinweis auf die fortgeschrittenere Gestaltung des gewerblichen Einigungswesens im Auslande von Männern der Wissenschaft und Praxis als unhaltbar bezeichnet.

Auch in England, in dem übrigens das Einigungswesen zum größten Teile auf den freiwilligen privaten Ausschüssen der Arbeitgeber- und Arbeiterverbände nach dem Muster Mundellas vom Jahre 1860 [6]) und Kettles von 1864 [7]) beruht, kennen die Arbitration Act vom 26. August 1889 [8]) und das Gesetz, betreffend bessere Maßnahmen zur Verhütung und Schlichtung gewerblicher Streitigkeiten, vom 7. August 1896 [9]) keinen Verhandlungszwang vor dem Trade Board oder dem Board of Conciliation. Vor dem Einigungsamte, das aus der gleichen Zahl von Vertretern beider

[5]) Vgl. Keßler, Die deutschen Arbeitgeberverbände, Leipzig 1907, S. 344.

[6]) Board of Arbitration and Conciliation for the Hosiery and Hove Trade in Nottingham. Paritätisches Schiedsverfahren ohne einen unbeteiligten Unparteiischen.

[7]) Einigungskammer in den Baugewerben von Wolverhampton. Über den in gleicher Zahl gewählten Parteivertretern steht ein unparteiischer Schiedsrichter. Vermischung von Einigungs- und Schiedswesen.

[8]) An Act for amending and consolidating the Enactments relating to Arbitration, 52 and 53 Vict., Ch. 49.

[9]) Conciliation Act (An Act to make better Provision for the Prevention and Settlements of Trade Disputes), 59 and 60 Vict., Ch. 30.

Digitized by Google

Parteien gebildet wird und sich in einen ständigen Ausschuß (Joint Committee) und in die Vollversammlung aller Vertreter (Full Board) gliedert, können nach dem Gesetze sowohl die Streitigkeiten der Arbeiter mit einem einzelnen Unternehmer aus einem bestimmten Arbeitsvertrage wie die Festsetzung der Arbeitsbedingungen für eine unbegrenzte Zahl von Personen zur Erledigung kommen. Die Aufgabe des Ausschusses besteht darin, die Einzelfälle zu behandeln, während die Entscheidung über allgemeine Fragen der Vollversammlung vorbehalten ist. Wird eine Übereinstimmung der Parteien vor dem Einigungsamte nicht erreicht, so muß die Streitfrage einer zweiten Instanz, dem Court of arbitration, vorgelegt werden, der in der Besetzung mit je zwei Schiedsrichtern beider Parteien unter einem von diesen gewählten oder durch Vereinbarung zwischen Unternehmern und Arbeitern ernannten Unparteiischen entscheidet. Von dem Grundsatze der Arbitration Act von 1889, die sich auf Rechtsstreitigkeiten bezieht, Einigungsämter mit ziemlich engen Regeln ins Leere hinein zu bauen, ist die Conciliation Act von 1896 in der Weise abgegangen, daß sie zur Entscheidung von Interessenstreitigkeiten das Einigungsverfahren an die bereits bestehenden Einigungskörper anlehnte und diese Bildungen durch Rechtsverleihungen förderte. Zu dem Zwecke bestimmt die Conciliation Act, daß eine jede der Schlichtung gewerblicher Streitigkeiten dienende Einigungsstelle unter Einreichung einer einfachen Erklärung und der Satzungen durch das Handelsministerium anerkannt und in die Liste derartiger Einigungsämter eingetragen werden kann. Eingetragene Ämter sind zur Befolgung gewisser, der Arbeitsstatistik dienender Vorschriften verpflichtet. Im übrigen muß das Handelsministerium beim Drohen oder Ausbruche von Arbeitskämpfen:

1. entweder die näheren Umstände des Streitfalls untersuchen;
2. oder Maßnahmen zur Einigung der Parteien aus eigener Machtvollkommenheit treffen, indem es
   a) die Parteien unmittelbar oder unter Hinzuziehung einer Person oder eines Organs zu einer Aussprache über die schwebenden Mißverständnisse bringt oder
   b) auf Antrag einer Partei eine oder mehrere Personen zu Vermittlern oder zu Mitgliedern der Einigungsämter ernennt oder endlich

Digitized by Google

c) auf Antrag beider Parteien einen Schiedsrichter einsetzt.

Bereits in Friedenszeiten soll sodann das Handelsministerium im Bedürfnisfalle mit dem Einverständnisse der Beteiligten Einigungsämter für einen ganzen Bezirk oder einen bestimmten Industriezweig gründen.

Die britische Gesetzgebung und Verwaltungstätigkeit für das gewerbliche Einigungswesen hat ihren vorläufigen Abschluß im Herbste 1911 mit der Errichtung eines Reichseinigungsamts (Industrial Council) gefunden, das den althergebrachten Betrieb des Einigungsverfahrens auffrischen und dem schleppenden Gange und den Fehlern in der praktischen Durchführung der Einigungsvorschläge abhelfen soll. Das Reichseinigungsamt, bestehend aus Unternehmern und Arbeitern, tritt in Tätigkeit, wenn es gilt, Streitigkeiten auszuräumen, die „sich auf die Hauptindustrieen des Landes beziehen und aller Wahrscheinlichkeit nach Störungen in den Hilfsindustrien verursachen würden, oder die von den Parteien vor oder nach Ausbruch des Arbeitskampfes nicht selbst geschlichtet werden können“ [10]).

Wie das englische so hat auch das französische Gesetz vom 27. Dezember 1892 [11]) einen Verhandlungszwang vor dem Sühneamte (comité de conciliation) nicht aufgenommen. In einer gewerblichen Streitigkeit wenden sich die Parteien zunächst an den örtlichen Friedensrichter um Einsetzung eines Vermittelungsausschusses. Der Friedensrichter schlägt entweder selbst eine Einigung vor oder ernennt ein Sühneamt aus Vertretern der streitenden Teile, dem er vorsitzt. Kommt keine Einigung zustande, so wird ein gemeinschaftlicher oder es werden mehrere Schiedsrichter gewählt. Für die staatliche Regelung des Einigungswesens und die Schaffung von Zwangseinigungsämtern im Eisenbahnbetrieb ist ein Gesetz in Vorbereitung [12]).

Die berühmten Conseils de Prud'hommes der alten Organi-

---

[10]) Aus der Denkschrift des englischen Handelsministeriums über Zweck und Wesen des Industrial Council; vgl. Soziale Praxis Bd. 21 Sp. 156.

[11]) Sur la conciliation et l'arbitrage en matière de différents correctifs entre patron et ouvrier ou employé.

[12]) Lex Briand vom 22. Dezember 1910 über die Anstellungsbedingungen bei Eisenbahnen von allgemeiner Bedeutung und über die friedliche Regelung von Streitigkeiten über Berufsinteressen dieser Angestellten; vgl. Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912, S. 181 ff.

Digitized by Google

sation — die neueren fallen unter das oben erwähnte Gesetz von 1892 und decken sich mit den Sühneämtern —, die das Vorbild für die deutschen Gewerbegerichte abgegeben haben, gehören nicht hierher, weil sie zwar der Schlichtung gewerblicher Streitigkeiten sich widmen, jedoch nicht Einigungsämter der streitenden Parteien sind. Die französischen Arbeitskammern (Conseils du travail) nach einer Verordnung des Ministers Millerand vom 17. Oktober 1900 haben nicht die Aufgabe, als Einigungsamt zu wirken.

Auch die australische Gesetzgebung kann als Muster für die Regelung des Einigungswesens in Deutschland nicht herangezogen werden, weil sie sich nur mit der Einsetzung von Zwangsschiedsgerichten, nicht mit Einigungsämtern beschäftigt.

Die belgischen örtlichen Industrie- und Arbeitsräte (Conseils de l'industrie et du travail) auf der Grundlage des Gesetzes vom 16. August 1887 mit der Einteilung in einzelne Kammern aus Vertretern der Arbeitgeber und Arbeiter haben neben verschiedenem Anderen [13]) die Aufgabe, Arbeitsstreitigkeiten zu schlichten. Sie haben den auf sie gesetzten Erwartungen so wenig entsprochen und in so geringem Maße zur friedlichen Erledigung von Streiks und Aussperrungen beigetragen, daß sie einer gründlichen Organisationsänderung unterworfen werden sollen. Vor dem Kriege lag der Kammer ein Gesetzentwurf, betreffend die Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten, zur Beschlußfassung vor. In jeder Provinz soll ein Ausschuß von fünf Mitgliedern eingesetzt werden, von denen drei der König ernennt und je eins von den Arbeitgebern und Arbeitern gewählt wird. Als Berufungsbehörde ist ein nach gleichen Grundsätzen zusammengestellter Zentralausschuß vorgesehen. Den Parteien steht es frei, die Vermittelung des Ausschusses zur Herbeiführung einer Einigung oder zur Fällung eines Schiedsspruchs anzurufen. Ein Zwang besteht nur negativ insofern, als das Gesetz eine strafbare Einmischung Dritter in den Arbeitsstreit vorsieht; rufen die streitenden Parteien den Ausschuß nicht an, so darf sich keine andere Stelle in den Kampf einmengen; ebenso darf sich die ein Erscheinen vor dem Ausschusse verweigernde Partei die Unterstützung durch Dritte nicht gefallen lassen.

Die beiden englischen Kolonien Canada und Transvaal, Canada durch die Industrial Disputes Investigation Act

[13]) Wahrnehmung gemeinsamer Interessen von Unternehmern und Arbeitern, Ausarbeitung von Gutachten an die Behörden.

Digitized by Google

vom 22. März 1907[14]) und Transvaal am 7. Juli 1902[15]), haben für Industrien öffentlichen Interesses, nämlich den Bergbau, die Verkehrsmittel und -wege, Gasanstalten, Anstalten für elektrische Beleuchtung, Wasserwerke und Wasserleitungen, sobald mindestens zehn Arbeiter beschäftigt sind, Einigungsämter aus drei Mitgliedern, je einem Vertreter der Unternehmer und Arbeiter und einem von diesen beiden gewählten Vorsitzenden, zur Herbeiführung einer Einigung in gewerblichen Streitigkeiten vorgesehen, denen allerdings jede die Parteien verpflichtende Macht fehlt. Die Erklärung und Eröffnung des Arbeitskampfes ist bei schwerer Strafe im Falle des Zuwiderhandelns erst nach Erlaß der Entscheidung durch das Einigungsamt erlaubt.

Auch die Türkei hat durch Gesetz von 1909 bei Arbeitsstreitigkeiten in Betrieben öffentlichen Wesens (Eisenbahnen, Häfen, Beleuchtungsanlagen usw.) Einigungsausschüsse nach canadischem Muster vorgeschrieben.

Dänemark hat in einem Gesetze vom 12. April 1910[16]) die Stelle eines Regierungsvermittlers mit zweijähriger Amtszeit und Ernennung durch den Minister des Innern eingerichtet; der Vermittler soll bei jedem größeren Arbeitskampfe Verhandlungen zwischen den Parteien herbeiführen. Zum Erscheinen auf seine Vorladung hin sind die Parteien gesetzlich verpflichtet.

In Holland bestehen durch königliche Verordnung auf Grund eines Gesetzes vom 10. Mai 1897[17]) Arbeitskammern (Kamers van arbeid) je zur Hälfte aus Arbeitgebern und Arbeitern, die neben der Bedeutung für die Arbeitsstatistik die Aufgabe haben, „die Interessen der Arbeitgeber und Arbeiter in gemeinschaftlichem Zusammenwirken zu fördern, und zwar:

1. bis 3. . . . . .

---

[14]) Vgl. Reichs-Arbeitsblatt 1914 Nr. 3 S. 234 ff. Broda, Gesetzliche Festlegung der Lohn- und Arbeitsbedingungen, Berlin 1912, S. 81 gibt als Datum des Gesetzes den 22. April 1907 an, an welchem Tage das Gesetz (lex Lémieux) als „An Act to aid in the Prevention and Settlement of Strikes and Lockouts in Mines and Industries connected with Public Utilities" die Bestätigung des Königs erhielt.

[15]) Vgl. Reichs-Arbeitsblatt 1910 Nr. 12 S. 930 f.

[16]) Ein weiteres Gesetz vom gleichen Tage betrifft die Errichtung eines Schiedsgerichtshofs.

[17]) Nach der Sozialen Praxis Bd. 21 Sp. 1083 seit dem 2. Mai 1897. Harms gibt im Handwörterbuch der Staatswissenschaften als Datum den 10. Mai 1897 an.

Digitized by Google

4. durch Zuvorkommen und Beilegen von Streitigkeiten über Arbeitsgelegenheiten und, sofern es nötig ist, durch Herbeiführung einer schiedsrichterlichen" (soll heißen: einigungsamtlichen) „Aussprache zwischen den Parteien."

Zu diesem Zwecke sucht zunächst ein geschäftsführender Ausschuß eine Einigung zu erzielen; gelingt das nicht, so wird die Streitfrage vor die Vollversammlung der Kammer gebracht, die bei einiger Aussicht auf Erfolg einen Vermittlungsausschuß einsetzt. Mit dem Verhandlungszwange sind die Kammern nicht ausgestattet. Bei der Schwäche der Arbeiterorganisationen in Holland ist an eine ersprießliche Tätigkeit der Arbeitskammern nicht zu denken.

Einen im ganzen günstigen Erfolg haben die den italienischen Gewerbegerichten (Probi viri) nach einem Gesetze vom 26. Juni 1893 angegliederten Einigungsämter (Uffizio di conciliazione) aufzuweisen. Sie bestehen „für Fabriken und andere industrielle Unternehmungen" aus einem Unternehmer, einem Arbeiter und einem vom König ernannten beamteten Vorsitzenden. Die italienischen Arbeiterkammern (Camere del Lavoro) sind selbständige Organe der Lohnarbeiterschaft; sie fallen aus dem Rahmen gemeinschaftlicher Verständigungseinrichtungen von Arbeitgebern und Arbeitern heraus [18]).

In Norwegen und Österreich sind die Verhandlungen über die Einsetzung von Vermittlungsbehörden bei Arbeitsstreitigkeiten noch nicht über die Beratung von Gesetzentwürfen hinaus gediehen.

In Schweden ernennt nach einem Gesetze vom 31. Dezember 1906, betreffend die Vermittelung bei Arbeitsstreitigkeiten, der König für die sieben Bezirke des Reiches staatliche Vermittelungsbeamte, die bei gewerblichen Verwickelungen in Tätigkeit treten und nötigenfalls einen Einigungsausschuß errichten. Die Bildung eines besonderen Gerichtshofs für Arbeitsstreitigkeiten aus Tarifverträgen, des „Arbeitsgerichts" in Stockholm, ist geplant.

Von den Schweizer Kantonen haben die Kantone Genf und Waadt durch Gesetze vom 10. Februar 1900 [19]) und von

[18]) Vgl. darüber Dr. Pinardi und Dr. Schiavi, Die italienischen Arbeitskammern, Schriften der Gesellschaft für Soziale Reform Bd. 2 Heft 2 S. 1 ff.

[19]) Fixant le mode d'établissement des tarifs d'usage entre ouvriers et patrons et réglant les conflits relatifs aux conditions de leur engagements.

Digitized by Google

1909 [20]) die Einsetzung von Einigungsbehörden durch den Staatsrat vorgesehen. In Genf wirkt als letzte Instanz die Generalkommission der Gewerbeschiedsgerichte. Man hat es dabei mit einer eigentümlichen Mischung privaten Tarifvertragswesens mit öffentlichem Einigungszwange zu tun. In einer Reihe von anderen Kantonen bestehen Einigungsämter mit mehr oder minder genauer Anpassung an die französischen Schiedsämter. Die Züricher Arbeitskammer und die Chambre de travail in Genf sind ihrem Wesen nach Vereinigungen beruflicher Arbeitervereine und vom Kanton unterstützter Organisationen zur Auskunfterteilung an Arbeiter und Arbeiterinnen.

Auch in den Vereinigten Staaten von Amerika ist das Einigungswesen durch einzelstaatliche Gesetzgebung geregelt. Bemerkenswert ist, wie in anderen Fällen auch, die Gesetzgebung des Staates Massachusetts, die durch ein Gesetz vom 2. Juni 1886 [21]) ein Schieds- und Einigungsamt aus drei Personen, einem Arbeitgeber, einem aus einer Arbeiterorganisation Gewählten und einem auf Vorschlag der beiden anderen Ernannten, eingeführt hat. Das leistungsfähigste der amerikanischen Einigungsämter ist das des Staates New-York, ebenfalls vom Jahre 1886 und mit ähnlichem Aufbau wie das Amt in Massachusetts. Indiana endlich hat ein Einigungsamt eigenartiger Zusammensetzung: die Arbeitskommission besteht aus einer Person, „die nicht weniger als zehn Jahre ihres Lebens Lohnarbeiter" gewesen ist, sowie aus einer anderen, „die nicht weniger als zehn Jahre lohnzahlender Arbeitgeber" gewesen ist; sie werden als Einigungsamt durch einen Richter des örtlich zuständigen Grafschaftsgerichts ergänzt. Die Inanspruchnahme der amerikanischen Vermittlungsämter soll ganz befriedigend sein.

Die Verwertung dieser Ergebnisse ausländischer Gesetzgebung hat im Deutschen Reiche zu den folgenden Plänen geführt, die in geltendes Recht zu verwandeln bisher nicht möglich gewesen war.

1. Nachdem am 30. Januar 1904 der damalige Staatssekretär Graf Posadowsky im Reichstage die Geneigtheit der Verbündeten Regierungen kundgegeben hatte, Arbeitsvertretungen auf der Grundlage der Allerhöchsten Botschaft vom 4. Februar 1890

[20]) Vgl. Reichs-Arbeitsblatt 1909 S. 856.

[21]) An Act to provide for a State Board of Arbitration for the settlement of differences between employers and their employees; abgeändert 1887, 1888, 1890, 1892, zusammengefaßt 1901, abgeändert 1902.

Digitized by Google

auszubauen [22]), erschien am 4. Februar 1908, 18 Jahre nach dem kaiserlichen Erlaß, im Reichsanzeiger der erste Entwurf eines Arbeitskammergesetzes. Seine Aufnahme in den beteiligten Kreisen war eine derartig schlechte, daß die Reichsregierung zu einer Umarbeitung des Entwurfes schritt und am 25. November 1908 den abgeänderten und ergänzten Entwurf an den Reichstag gelangen ließ [23]). Der Erledigung des Gesetzeswerkes durch das Plenum des Reichstags steckten nach umfangreichen Kommissionsverhandlungen die innerpolitischen Vorgänge des Sommers 1909 und der frühzeitige Sessionsschluß ein Ziel, worauf das Reichsamt des Innern Gelegenheit nahm, die Vorlage einer abermaligen Durchsicht zu unterziehen und sie unter mehrfacher Berücksichtigung der Kommissionsbeschlüsse am 11. Februar 1910 von neuem dem Reichstage zu unterbreiten [24]). Nachdem der Entwurf bereits die zweite Lesung im Plenum durchlaufen hatte, fiel er 1911 wieder unerledigt dem Schlusse der Legislaturperiode zum Opfer. Die Regelung der Arbeitskammern, die von der Landeszentralbehörde im Bedürfnisfalle für Arbeitgeber und Arbeiter eines Gewerbezweigs oder mehrerer verwandter Gewerbezweige auf fachlicher Grundlage errichtet werden sollen, ist im Rahmen dieses Abschnitts nur insoweit von Interesse, wie die Arbeitskammern als Einigungsämter wirken sollen. Der § 6 des Gesetzentwurfes von 1910 sieht vor, daß die aus gewählten Vertretern der Arbeitgeber und Arbeiter unter einem unparteiischen Vorsitzenden bestehenden Arbeitskammern als Einigungsämter bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitern der in den Kammern vertretenen Gewerbezweige über die Bedingungen der Fortsetzung oder Wiederaufnahme des Arbeitsverhältnisses angerufen werden können, „wenn es an einem hierfür zuständigen Gewerbegerichte fehlt oder die beteiligten Arbeiter in den Bezirken mehrerer Gewerbegerichte beschäftigt sind, oder wenn die Einigungsverhandlungen bei dem zuständigen Gewerbegericht erfolglos verlaufen sind. Sind die beteiligten Arbeiter in den Bezirken mehrerer Gewerbegerichte beschäftigt und in diesem Falle

---

[22]) Stenographische Berichte, XI. Legislaturperiode, I. Session, 1. Sessionsabschnitt 1903/1904, Bd. 1 S. 610.

[23]) Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, I. Session, Bd. 250, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Anlage Nr. 1048, S. 5864.

[24]) Verhandlungen des Reichstags, XII. Legislaturperiode, II. Session, Bd. 273, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Anlage Nr. 236 hinter S. 1598.

Digitized by Google

Arbeitskammer und Gewerbegericht angerufen, so soll diejenige Stelle zuständig sein, die zuerst als Einigungsamt angerufen worden ist. Auf das Verfahren vor den Arbeitskammern als Einigungsämtern finden die Bestimmungen der §§ 63—73 des Gewerbegerichtsgesetzes entsprechende Anwendung." Wenn man davon absieht, daß die Vorschriften über das Verfahren vor den Einigungsämtern der Arbeitskammern mit Rücksicht auf die Zusammensetzung des Amtes und die Beschleunigung des Geschäftsganges gegenüber den §§ 63—73 des Gewerbegerichtsgesetzes verbessert werden können, ist die Schöpfung der neuen Einigungsbehörde als Fortschritt zu begrüßen, soweit sie als erste Instanz in Frage kommt. Das Bedenken, das v. Schulz in dieser Hinsicht gegen die Arbeitskammern vorbringt, es drohten aus dem Inhalte der bezüglichen Bestimmungen den gewerbegerichtlichen Einigungsämtern Gefahren [25]), ist meines Erachtens nicht begründet. Der Übergang eines Teiles der vermittelnden Tätigkeit des Gewerbegerichts auf die Arbeitskammern bedeutet einmal eine nicht unbeträchtliche und willkommene Entlastung der Gewerbegerichte, vor allem aber eine Verminderung der Verantwortlichkeit, die bisher einzig auf dem Gewerbegerichte ruhte und oft dieses Gericht, das zum Vorschlag einer Einigung über unvereinbare Gegensätze wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur bestimmt war, im Falle erbitterter Kämpfe in die Gefahr brachte, bei einer der Parteien an Vertrauen auf die richterliche Unabhängigkeit zu verlieren. Die gekünstelte Regelung im § 6 des Entwurfes von 1910 kann indes eine Quelle von Verwirrung und Rechtsunsicherheit bilden, wenn die Arbeitskammern als zweite Instanz nach den Gewerbegerichten zu Worte kommen sollen. Der Vorsitzende des Gewerbe- und Kaufmannsgerichts München, Gewerbegerichtsdirektor Dr. Prenner, hat einmal aus seiner reichen Kenntnis auf dem Gebiete des Einigungswesens darauf hingewiesen, daß „gescheiterte Einigungsverhandlungen ein großes, auf Vertrauen und Erfahrung gestütztes Geschick erfordern, die Parteien innerhalb angemessener Zeit überhaupt wieder näher zu bringen. Gelingt dies jemand, so ist es zumeist der Leiter der ersten Verhandlung, da nur dieser die verworrenen Fäden im einzelnen kennt und wieder neue Anknüpfungspunkte aus dieser seiner Kenntnis herzuleiten vermag. Am besten werden die Parteien einige Zeit von allen Vermittelungsvorschlägen verschont; ein unzeitgemäßer Ein-

[25]) v. Schulz, Arbeitskammern im „Tag" vom 19. Januar 1909.

Digitized by Google

griff der zweiten Instanz könnte hier alles verderben" [26]). Außerdem bietet die Arbeitskammer nach ihrer Zusammensetzung und nach ihrem Zwecke als Einigungsamt nicht die Gewähr dafür, daß von ihr die Einigungsverhandlungen zu einem besseren Ergebnisse geführt werden, als es vor ihr dem in seinem Aufbau entsprechenden gewerbegerichtlichen Einigungsamte gelungen ist.

2. Anders steht es mit der Zuständigkeit des bei der Ausbreitung der Tarifgemeinschaften und der Ausdehnung der Arbeitskämpfe immer dringender geforderten Reichseinigungsamts. Der Mangel einer solchen Zentralbehörde hat sich insbesondere bei den über das ganze Reich entbrannten Arbeitskämpfen im Bau-, Maler- und Schneidergewerbe und auch bei den unerfreulichen Vorgängen in der Berliner Zeitungsindustrie im Juni 1911 als eine Lücke unseres sozialen Organismus empfindlich bemerkbar gemacht. Bei großen, weite Teile des Reichs umfassenden Ausständen muß die Tätigkeit der gewerbegerichtlichen Einigungsämter (wie die der zu bildenden Arbeitskammern) wegen ihrer örtlich beschränkten Zuständigkeit versagen. Der Notbehelf, die freiwillige Vermittelung namhafter Sozialpolitiker oder die Tätigkeit des Reichsamts des Innern anzurufen [27]), wird sich auf die Dauer nicht als durchführbar erweisen, weil er zu sehr an die Person des Vermittlers geknüpft ist. Da hat der Gedanke eines an das Reichsamt des Innern angegliederten ständigen Reichseinigungsamts, dem der große Kreis der durch die Conciliation Act vom 7. August 1896 dem englischen Handelsministerium gegebenen Aufgaben in entsprechender Übertragung zufallen müßte, etwas Bestechendes. Die Wirksamkeit eines solchen Amtes muß in doppelter Richtung festgelegt werden:

a) Zum ersten negativ, um dem Einwande zu begegnen, es würde einer neuen staatlichen Behörde das Wort geredet, die den Übergang aus der privatkapitalistischen Gliederung des freien Wettbewerbes in eine Verfassungsform der Staats- und Verbandswirtschaft zum Schaden der Industrie beschleunigen müßte:

---

[26]) In der Beilage der „Münchener Neuesten Nachrichten" vom 4. und 5. Februar 1909.

[27]) Erster derartiger Fall im Reichstarifvertrage des Baugewerbes. Vom Staatssekretär des Reichsamts des Innern wurde der Geheime Regierungsrat vom Reichsamt des Innern Dr. Wiedfeldt „auf jederzeitigen Widerruf" und „in Erwartung, daß seine Tätigkeit hierdurch nicht zu stark in Anspruch genommen wird", zum Vermittler berufen.

Digitized by Google

I. Das Reichseinigungsamt, nur mit dem Erscheinungszwange für die streitenden Parteien ausgestattet, darf diese in keiner Weise in der Wahl der Mittel beschränken, zu einer Einigung zu gelangen, die unmittelbare Verhandlung, die Wahl von Unparteiischen zur Leitung dieser Verhandlung, das Schiedsverfahren durch Unparteiische bleibt offen.

II. Damit hängt zusammen, daß die bestehenden Einrichtungen des Einigungswesens weder beseitigt noch geschwächt werden sollen. Ein Eingriff des Reichseinigungsamts ist nicht zulässig, bevor erwiesen ist, daß die örtlichen Einigungsorgane zur Schlichtung des Streites nicht in der Lage sind.

III. Nach Gegenstand und örtlicher Ausdehnung wenig erhebliche Mißverständnisse gehören nicht vor das Reichseinigungsamt[28]).

b) Zum zweiten ergeben sich hieraus als positive Aufgaben des Reichseinigungsamts:

I. „Das Reichseinigungsamt soll eine ständig bereite Vermittlerstelle sein, die den streitenden Parteien jederzeit zur Verfügung steht und in Fällen drohender großer Arbeitskämpfe auch ohne Anrufen eingreift, wo die Parteien entweder überhaupt nicht zu friedlichen Verhandlungen geneigt oder wo die Verhandlungen auf einen toten Punkt angelangt sind, oder wo die sonst zur Einigung gegebenen Wege versagen“[29]).

II. Auch im übrigen soll im Interesse seiner Mitglieder, zweckmäßig durch Berichte der Organe des Einigungswesens, das Reichseinigungsamt über alle erheblichen Streitigkeiten und ihren Ausgang, über das Arbeitsverhältnis und die Arbeitsbedingungen auf dem Laufenden erhalten werden.

III. Die Parteien sollen von dem Reichseinigungsamte zu gemeinsamer Verhandlung geladen werden und zum Erscheinen gezwungen sein. Die weitere Behandlung des Streitfalls bleibt dem Ermessen des Reichseinigungsamts überlassen, das in seinen Entschließungen über die Ernennung von Unparteiischen, die Zuziehung

---

[28]) Staatsminister Frh. v. Berlepsch fügt in einem Vortrage in der Gesellschaft für Soziale Reform (Berlin, März 1911, vgl. Soziale Praxis Bd. 20 Sp. 738 ff., 770 ff., 802 ff.) als vierten Grundsatz hinzu: „Das Reichseinigungsamt soll nicht zum allgemeinen wirklichen Regulator der Arbeitsbedingungen werden“. Dafür sorgt meines Erachtens schon die Vorschrift, daß ein Zwang zur Befolgung der vorgeschlagenen Einigung nicht besteht.

[29]) Frh. v. Berlepsch bei v. Schulz, Annalen für Soziale Politik und Gesetzgebung Bd. 1 S. 212, 213.

Digitized by Google

von Beisitzern usw. im Einverständnisse mit den Parteien gesetzlich nicht beschränkt sein soll.

IV. Zeugen, Sachverständige und sonstige Auskunftspersonen sollen geladen und vernommen werden können.

Die von Tänzler[30]) und Bueck[31]) gegen das Reichseinigungsamt vorgebrachte Einwendung, die Arbeitgeber würden in ihren Bewilligungen über die Grenzen des Möglichen hinauszugehen gezwungen werden können, ist wegen des grundsätzlich freiwilligen Verfahrens vor dem Amte und im Hinblick auf die gerade in letzter Zeit mehrfach ergangenen Schiedssprüche von Unparteiischen in Arbeitsstreitigkeiten nicht zu halten.

Da bei der Organisation des Reichseinigungsamts die Bedenken, wie sie oben gegen die Arbeitskammern als zweite Instanz geäußert wurden, nicht obwalten, so kann man sogar noch einen Schritt weiter gehen und dem Reichseinigungsamte die nochmalige Verhandlung und Nachprüfung der vom Gewerbegerichte (und der Arbeitskammer) nicht zustande gebrachten Einigung übertragen.

Daß das Reichseinigungsamt zugleich die Aufgaben des von Sinzheimer[32]) verlangten Tarifamts für Arbeitsnormenverträge in letzter Instanz übernehmen könnte, darauf hat Potthoff[33]) bereits aufmerksam gemacht. Die Verleihung der Rechtsfähigkeit an die Berufsvereine und ihre Haftung bei Schadensersatzansprüchen, der rechtliche Charakter des Tarifvertrags im Rahmen der Gewerbeordnung und sein Verhältnis zum § 152 GewO. werden dem Reichseinigungsamte bei seiner Tätigkeit ebenso die Wege ebnen wie die wachsende Ausbreitung der Organisationen und die Vergrößerung des dem Tarifvertrag anhängenden Kreises.

3. Die sämtlichen bisher geschilderten privaten und öffentlichen Organe der Vermittelung haben als übereinstimmenden Grundzug die freiwillige Natur ihrer Tätigkeit. Die Erörterung über die dem Staate bei dem Einigungswesen erwachsenden Aufgaben würde nicht vollständig sein, wenn nicht auch der zwangsweisen Einführung von Einigungsämtern ein Wort gewidmet würde. Die ablehnende Haltung der Gewerbetreibenden, besonders in den Kreisen der Großindustrie, gegenüber den Bestrebungen, die

---

[30]) Im „Arbeitgeber" vom 15. Mai 1911.

[31]) Im „Tag" vom 18. und 19. Mai 1911.

[32]) Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Leipzig 1907, 2. Teil S. 298 ff.

[33]) Potthoff, Probleme des Arbeitsrechts, Jena 1912, S. 173.

Digitized by Google

Gewerbegerichte zu obligatorischen Einigungsämtern umzugestalten [34]), erklärt sich einmal aus dem wenigstens zum Teil zutreffenden Grunde, daß die Einigungsämter gerade bei großen Arbeitskämpfen versagt haben, dann aber aus der Erfahrung, welche die Großindustrie gemacht haben will, daß fast durchgängig der ganze moralische Druck solcher Einigungsämter ausschließlich zugunsten der Arbeiter eingesetzt wird [35]). Das hat insofern seine Richtigkeit, als die Mittellinie, auf der sich die Parteien bei einer Einigung treffen müssen, für die Arbeiter zumeist einen Gewinn, für die Arbeitgeber regelmäßig eine Verschlechterung bedeutet. Aber ist darin denn eine Ungerechtigkeit zu erblicken? Die Zusammensetzung der Einigungsbehörde und der Ruf des unparteiischen Vorsitzenden bürgen dafür, daß einem leichtsinnig vom Zaune gebrochenen Ausstande vom Einigungsamte die Hand nicht geboten wird; und, falls dennoch ein Einigungsversuch gemacht werden sollte, steht es den Arbeitgebern ja immer frei, die Einigung auf dem Boden des Vorschlags zu verhindern. Ein Zwang zum Abschlusse der Einigung darf unter keinen Umständen zur Einführung kommen, sollen nicht der freie Arbeitsvertrag und die Wettbewerbsfähigkeit der Industrie auf das gröbste gefährdet werden. Darin ist man sich selbst auf stark arbeiterfreundlicher Seite einig. Indessen ist es, auch nach den Erfahrungen des Auslandes, als ein vorzügliches Mittel zur Bekämpfung von Arbeitsstreitigkeiten anzusehen, wenn die privaten und öffentlichen Einigungsämter insofern verbindlich gemacht werden, daß man über den Erscheinungszwang hinaus die Verpflichtung zum Verhandeln festsetzt. Ob der Verständigungsversuch von einem etwa im Tarifvertrag eingerichteten privaten Einigungsorgan oder von der einigungsamtlichen Behörde des Gewerbegerichts, der Arbeitskammer, des Reichseinigungsamts vorgenommen wird, ist gleichgültig. Maßgebend ist nur, in den Verkehrsgewerben Deutschlands allerdings von geringerer Bedeutung als in denen des Auslandes, daß kein Arbeitskampf, bei dem mehr als zehn Personen beteiligt sind, begonnen werden darf, bevor

---

[34]) Vgl. dazu Bericht der VI. Kommission zur Vorberatung des Gesetzesentwurfes, betreffend die Gewerbegerichte, vom 9. Juni 1890; Stenographische Berichte des Reichstags, VIII. Legislaturperiode, I. Session 1890/91, 1. Anlageband, Anlage Nr. 51 S. 504.

[35]) Vgl. Dr. O. Martens, Vom Einigungsamt und dem Entwurf eines Gesetzes, betreffend Abänderung des Gesetzes vom 29. Juli 1890 über die Gewerbegerichte, Hamburg 1900, S. 6.

Digitized by Google

die Verständigung versucht wurde. Diese Vorschrift ist der Staat allein der durch den Interessenstreit geschädigten Gesamtheit schuldig. Sie ergänzt vorteilhaft eine in die Regelung des Tarifwesens aufgenommene Bestimmung, daß eine Klage aus dem Tarifvertrage vor dem Gewerbegericht oder dem Tarifschiedsgericht nicht erhoben werden kann, wenn ein Einigungsversuch vor dem Tarifamte nicht angestellt wurde. Die einzige Schwierigkeit, die es zu überwinden gibt, ist die, wie dieser Verhandlungszwang gestaltet werden soll. Das Mittel, das Harms vorgeschlagen hat, man solle die Streikkassen mit Beschlag belegen und jede Auszahlung von Unterstützungsgeldern verhindern, wenn die Arbeiter ohne Anrufung der Vermittelung in den Streik eintreten, und im umgekehrten Falle solle man den Arbeitern einen zivilrechtlichen Anspruch auf den ausgefallenen Lohn gegen den sie ohne Verständigungsversuch aussperrenden Arbeitgeber gewähren [36]), ist so überscharf, daß bei seiner Anwendung eine gewaltige, auf die Gefährlichkeit des Arbeitskampfes zurückschlagende Verbitterung die Folge sein müßte. Mit der strafrechtlichen Maßregel der Geldbuße unter Nachbildung des § 66 Abs. 1 im Gewerbegerichtsgesetze, selbst wenn sie in Freiheitsstrafe umgewandelt werden darf [37]), oder mit härteren Strafen allein wird, wie beim Erscheinungszwang auch, nicht viel zu erreichen sein; für Berufsvereine, die an dem Arbeitskampfe beteiligt sind, wird der Verlust der Rechtsfähigkeit hinzukommen müssen. Im allgemeinen wird eine Bestimmung von Wert sein, welche die Arbeitgeber oder Arbeiter zum Ersatze des Schadens verpflichtet, der aus der gemeinschaftlichen Niederlegung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter vor Anrufung eines Einigungsamts entsteht [38]). Auf jeden Fall darf aber diese Schwierigkeit es nicht verhindern, daß das von der Gesetzgebung anzugreifende Einigungswesen mit dem Verhandlungszwange für die Einigungsämter ausgestattet und das Werk so gekrönt wird.

Nach diesen Ausführungen und unter Beachtung des in der deutschen Wissenschaft einmütig vertretenen Grundsatzes, daß

---

[36]) Im „Tag" 1907 Nr. 144.

[37]) Eine Umwandlung ist im § 66 des Gewerbegerichtsgesetzes nicht gestattet; vgl. Wilhelmi-Bewer, Kommentar zum Gewerbegerichtsgesetze, 2. Aufl., Berlin 1903, S. 365.

[38]) Auf andere Wege, den Einfluß des Staates bei der Durchführung des Verhandlungszwanges zu wahren, hat Harms in seiner Schrift „Arbeitskammern und Kaufmannskammern", 2. Aufl., Tübingen 1906, hingewiesen.

Digitized by Google

Zwangsschiedsgerichte nach dem Muster Australiens bei uns nicht eingeführt werden dürfen, ist die Stellungnahme des Staates zu den Schiedsgerichten einfach. Die tatsächliche Lage ist die, daß die Schiedsgerichtsbarkeit als letztes Mittel zur Verhütung oder schleunigen Beendigung des Arbeitskampfes übrig bleibt, wenn sich nach dem Abschlusse des Arbeitsverhältnisses aus ihm Schwierigkeiten ergeben haben und die Streitfragen durch Verständigung unter den Parteien auf dem Wege des Einigungswesens nicht gelöst werden können. Der Schritt von dem unter Leitung eines oder mehrerer Unparteiischer stehenden Einigungsamte zu einem durch die Verständigung der Parteien über die Personen der Schiedsrichter niedergesetzten Schiedsgerichte ist kein allzu großer. Der grundlegende Unterschied zwischen den beiden Organen der Vermittelung ist nur der, daß die Annahme der unter Mitwirkung der Parteien vorgeschlagenen Einigung in deren freies Ermessen gestellt ist, während die Parteien bei Einsetzung des meist von ihrer Person losgelösten Schiedsgerichts darin übereinstimmen, daß sie sich dem Schiedsspruch unterwerfen wollen. Wie im Einigungswesen, so hat auch in der Frage der Schiedsgerichtsbarkeit die Selbsthilfe die Führung in die Hand genommen. Allenthalben im gewerblichen Leben, besonders in Tarifverträgen, stößt man auf die Einrichtung von Schiedsgerichten; oft ist die Gestaltung so, daß als zweite Instanz über einem örtlichen Schiedsgericht ein Zentralschiedsgericht thront, dessen Zuständigkeit für den ganzen Bereich der Tarifgemeinschaft begründet ist. In anderen Fällen hat man die Anordnung getroffen, daß eine einigungsamtliche Schlichtungskommission, bestehend aus Vertretern der Arbeitgeber und Arbeiter, sich in ein Schiedsgericht umwandelt und einen Schiedsspruch fällt, wenn der Einigungsvorschlag verworfen wird. Auf diese Weise soll ein letztes Mittel, die Aufnahme oder Fortsetzung des Arbeitskampfes zu verhüten, nicht unversucht bleiben. Mehr und mehr ist, namentlich in der letzten Zeit, die erfreuliche Tatsache hervorgetreten, daß die Parteien den Zweck des Schiedsgerichts durch Annahme des an sich nicht erzwingbaren Schiedsspruchs erfüllen. Die zuletzt besprochene Umwandlung des privaten Einigungsorgans in ein Schiedsgericht hat auch für das gewerbegerichtliche Einigungsamt gemäß § 71 Abs. 1 des Gewerbegerichtsgesetzes das Muster abgegeben: „Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so hat das Einigungsamt einen Schiedsspruch zu fällen, welcher sich auf alle zwischen den Parteien streitigen Fragen zu erstrecken hat.“ Das moralische Gewicht, so

Digitized by Google

sagt auch die Begründung zum Gewerbegerichtsgesetze, das einem solchen Schiedsspruch und seiner öffentlichen Bekanntmachung nach § 72 Abs. 2 a. a. O. beiwohnt, läßt die Hoffnung nicht unbegründet erscheinen, daß in nicht seltenen Fällen die Parteien sich dem Schiedsspruche, vielleicht allein unter dem Drucke der öffentlichen Meinung, unterwerfen. Die gleiche Bestimmung sollte nach § 6 des Gesetzentwurfes über die Arbeitskammern vom 11. Februar 1909 in Verbindung mit den §§ 71 und 72 des Gewerbegerichtsgesetzes auch auf die Arbeitskammern als Einigungsämter Anwendung finden. Ihre Übertragung auf diese wie auf das Reichseinigungsamt ist nach den günstigen Erfahrungen, die man mit den gewerbegerichtlichen Einigungsämtern gemacht hat, sehr zu wünschen. Im übrigen muß jeder gesetzliche Zwang von den Schiedsgerichten ferngehalten werden, einmal weil der Ausbau der Einigungsämter den gewünschten Zweck einer Verhütung und Beschränkung der Arbeitskämpfe aller Voraussicht nach erfüllen wird, und dann weil bei der privatrechtlichen Entwicklung des Tarifvertrags — um dessen Auslegung es sich in den Schiedsgerichten hauptsächlich handelt — die freie Überzeugung der Organisationsmitglieder und der Organisationsleitung besser die Innehaltung der Tarifverträge gewährleistet als der Spruch irgend einer staatlichen oder sonst gesetzlich unterstützten Behörde. Vielleicht der größte Vorzug des privaten und öffentlichen Einigungs- und Schiedswesens ist der, daß die planmäßige Klassenverhetzung durch solche Vermittelungstätigkeit, bei der persönliches Vertrauen und Gerechtigkeitsgefühl über den Klassentrieb gestellt werden, lahmgelegt wird. In dieser Hinsicht ist die staatliche Arbeit zur Förderung der Vermittelung in gewerblichen Streitigkeiten eine der vornehmsten sozialpolitischen Aufgaben der Gegenwart.

Digitized by Google

B. Literatur.

1. B. Fuisting, Wirklicher Geheimer Oberregierungsrat, Senatspräsident des Königlichen Oberverwaltungsgerichts, Die preußischen direkten Steuern. Erster Band, Kommentar zum Einkommensteuergesetze. Nach dem Tode des Verfassers bearbeitet von Dr. jur. Strutz, Wirklichem Geheimen Oberregierungsrate, Senatspräsidenten des Königlichen Oberverwaltungsgerichts. Achte veränderte und vermehrte Auflage. Erste Hälfte. Berlin, 1915, Carl Heymanns Verlag. XX und 812 S. Preis 18 M.

Seit dem Erscheinen der 7., noch von Fuisting selbst besorgten Auflage seines großen Kommentars zum Einkommensteuergesetze hat die Gesetzgebung dieses mehrfach abgeändert. So das Gesetz vom 18. Juni 1907 (GS. S. 139), betreffend Abänderung des § 23, dasjenige vom 26. Mai 1909 (GS. S. 349), betreffend Abänderung des Einkommensteuergesetzes und des Ergänzungssteuergesetzes, und das Gesetz vom 26. Mai 1909 (GS. S. 85), betreffend die Bereitstellung von Mitteln zu Diensteinkommensverbesserungen. Und, wichtiger noch als dies, inzwischen hat das Wirtschaftsleben unablässig neue steuerrechtliche Fragen aufgeworfen, unaufhörlich neue Zweifel ausgelöst, die die höchstrichterliche Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts nötig gemacht haben. Vier Bände der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen sind seit dem Erscheinen der 7. Auflage herausgekommen, und nicht jedem Besitzer der letzteren war es möglich, sie durch Nachtragen der neueren Entscheidungen zu vervollständigen. So war, wenn auch inzwischen die kleineren Kommentare von Fuisting-Strutz, Fernow, v. Wilmowski neu aufgelegt worden sind, zu welchen sich der von Mrozek gesellt hat, und wenn auch Ende 1914 das Handwörterbuch der preußischen Einkommensteuer und Ergänzungssteuer auf dem Plane erschienen ist, um mittels einer neuen Methode den Steuerzahlern und den Steuerbeamten die Schwierigkeiten bei Anwendung und Auslegung des Gesetzes lösen zu helfen, die Neuauflage des großen Fuistingschen Kommentars zur Notwendigkeit geworden. Sie ist verzögert worden, außer durch den Krieg, durch die jahrelange Ungewißheit über die endgültige Gestaltung der direkten Steuern in Preußen, eine Ungewißheit, die ja leider durch die Zurückziehung des Entwurfes zur Novelle ihr Ende gefunden hat. — Nun liegt die erste Hälfte des neu aufgelegten Kommentars vor, enthaltend die Erläuterungen zu den ersten 16 Paragraphen des Gesetzes. Aber diese Erläuterungen umfassen 770 Seiten gegen 312 in der vorigen Auflage, und so wird sich in das be-

Digitized by Google

wundernde Staunen über die Menge des darin niedergelegten Wissens ein gewisses Bedenken mischen, ob nicht die Fülle des Gebotenen die praktische Brauchbarkeit erdrückt. Auch der Bearbeiter selbst hat dieses Bedenken gehabt und zunächst beabsichtigt, den Umfang eher zu vermindern als zu erweitern. Ich glaube jedoch, er hat durchaus recht daran getan, dies zu unterlassen. Kein noch so ausführlicher Kommentar kann ja auf jede Frage eine den Ratsuchenden selbständigen Weiterdenkens überhebende Antwort geben. Das ist auch nicht seine Aufgabe; aber je knapper die Erläuterungen sind, desto mehr muß der Kommentator in der Begründung seiner eigenen und der Kritik der abweichenden Ansichten sich beschränken, und je kürzer namentlich die angezogenen Entscheidungen mitgeteilt sind, desto schwieriger ist es für den Benutzer, zu finden, ob die Ansicht des Kommentators, die Entscheidung auf seinen Fall paßt oder inwiefern nicht. Sicher ist für die tägliche Berufsarbeit dem Steuerbeamten ein Taschenkommentar unentbehrlich, aber demjenigen, der einer Rechtsfrage, sei es zu praktischen, sei es zu wissenschaftlichen Zwecken bis an die Wurzeln nachgraben will, ist ein Kommentar vonnöten, der ihm das gesamte Material in breiter Fülle darbietet. Unter diesem Gesichtspunkte hat der Bearbeiter in noch höherem Maße als Fuisting Entscheidungen aus dem Gemeinde- und dem Gewerbesteuerrechte herangezogen und ausführlich mitgeteilt, und in reicher Fülle breitet er die Ergebnisse seines eigenen scharfen Denkens vor dem Leser aus. Dabei ist der Gefahr der Unübersichtlichkeit mit Erfolg vorgebeugt und das Zurechtfinden in den Erläuterungen erleichtert durch strenge Disposition der letzteren und neuartige äußere Anordnung.

Mit Fuistings Ansichten stimmt der Bearbeiter, das ist naturgemäß, nicht immer überein; aber er unterdrückt sie nicht, sondern setzt sich mit ihnen vor dem Leser auseinander, diesen zur selbständigen Bildung einer Meinung nötigend. So, um nur einen Punkt herauszuheben, zu § 13 in einer der interessantesten steuerrechtlichen Fragen, nämlich derjenigen, ob und inwieweit der Zuwachs des Anlagekapitals steuerpflichtiger Gewerbeertrag ist. Fuisting bezeichnet es als eine Vernunftwidrigkeit, den Zuwachs des Anlagekapitals schlechthin als Ertrag anzurechnen. Dies könne aus dem § 13 nicht herausgelesen werden. Höchstens könne in Frage kommen, inwieweit aus besonderen Gründen einzelne bestimmte Arten von Zuwachs des Anlagekapitals als Ertrag zu behandeln sind. Allgemeine Regeln gebe es darüber nicht. Strutz legte den § 13 entgegengesetzt aus. Wenn dieser vorschreibe, daß das Einkommen aus Handel und Gewerbe nach den Grundsätzen berechnet werde, welche für die Inventur und Bilanz durch das Handelsgesetzbuch aufgestellt sind, und wenn § 40 HGB. Bilanzierung aller Vermögensgegenstände nach dem Werte verlange, den sie in dem Zeitpunkte haben, für welchen die Aufstellung der Bilanz erfolgt, so gelte dieser Zwang auch für die Gegenstände des Anlagekapitals, z. B. das Betriebsgrundstück. Daraus folge, daß die in dem Bilanzjahre eingetretene Wertsteigerung handelsrechtlich und somit auch steuerrechtlich Geschäftsgewinn sei. Wolle man selbst zugeben, daß die ganz außerhalb des Gewerbebetriebs durch Verkehrsentwicklung verursachten Preissteigerungen von Grundstücken usw. nicht durch den Betrieb des Unternehmens entstanden oder vom Inhaber geschaffen seien, so seien sie doch mittelbar Früchte des werbenden Anlage- und Betriebskapitals, also

Digitized by Google

Ertrag. Dem gegenüber steht aber fest, daß der Gebrauch des ordentlichen Kaufmanns dahin geht, die Gegenstände des Anlagekapitals so zu bewerten, wie in § 261 HGB. für Aktiengesellschaften vorgeschrieben, nämlich nicht höher als mit dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise, vorbehaltlich einer Absetzung für Wertverminderungen. Müßte also gemäß jener Auffassung von Strutz verfahren werden, so wäre die ausgesprochene Absicht des § 13, ordnungsmäßige kaufmännische Bilanzen möglichst als Grundlage für die Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens dienen zu lassen, erheblich beeinträchtigt. Namentlich in Zeitläuften schwankender Grundstückswerte würde in die Einkommensberechnung grundangesessener Gewerbetreibender ein Moment der Unsicherheit getragen werden, welche die Steuerzahler und die Steuerbehörden vor schier unlösbare Schwierigkeiten stellen würde. Aber ist jene Auslegung des § 13 richtig? Muß man nicht vielmehr aus der Wahl der Worte „und sonst" entnehmen, daß das Gesetz den Gebrauch des ordentlichen Kaufmanns, dem ja sonst die Kraft versagt ist, entgegen den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs objektives Recht zu schaffen, für das hier behandelte Gebiet dem Handelsgesetzbuche gleichstellen und einer Bilanz, welche dem Gebrauche des ordentlichen Kaufmanns entspricht, steuerrechtlich dasselbe Gewicht beimessen wollte, wie einer solchen, die dem § 40 gemäß aufgestellt ist? Die Ausführungsanweisung Art. 19 Abs. 3 stellt jedenfalls beide, was die Bewertung der Vermögensstücke anbetrifft, einander gleich. Wenn dem so ist, so kann es dahingestellt bleiben, ob man mit v. Wilmowski, Das preußische Einkommensteuergesetz, 3. Auflage, S. 109, sogar ein dem § 40 wirksam derogierendes allgemeines Gewohnheitsrecht annehmen kann. — Neu sind die Erläuterungen zu dem erst durch die Novelle von 1906 eingefügten § 16, steuerpflichtiges Einkommen der Gesellschaften m. b. H., den Fuisting überhaupt noch nicht kommentiert hatte. Hier kämpft der Bearbeiter gegen die Auffassung des Oberverwaltungsgerichts an, welches die steuerrechtliche Maßgeblichkeit solcher Bilanzen verneint, die gemäß § 42 GmbHG. aufgestellt sind, weil in § 16 auf § 13, in diesem aber nicht auf das GmbHG., sondern nur auf handelsrechtliche Vorschriften verwiesen sei. Er nennt es sinnwidrig, dem § 42 ein geringeres Gewicht beizulegen, als dem nach § 13 doch auch von den Steuerbehörden zu beachtenden Gebrauche des ordentlichen Kaufmanns, muß aber zugeben, daß der Wortlaut des Gesetzes dem Oberverwaltungsgerichte zur Seite steht. Auch hier wird jede Dissonanz ausgeglichen, wenn man § 40 HGB. und den kaufmännischen Gebrauch einander gleichstellt, denn § 42 GmbHG. bestimmt nichts anderes, als was der letztere verlangt.

Noch darf ich der dankenswerten Neuerung Erwähnung tun, daß dem Kommentar ein Abdruck des ganzen Gesetzes vorangestellt ist, was auch die Benutzung des Buches erleichtert, und zum Schlusse der Überzeugung Ausdruck geben, daß es dem Bearbeiter in vollem Maße gelungen ist, dem großen Werke Fuistings in einer seiner würdigen Weise neue, zeitgemäße Gestalt zu geben. In noch höherem Maße als bisher wird der Kommentar den Steuerpflichtigen und ihren Beratern ein zuverlässiger Wegweiser, den Behörden ein sicherer Berater und den Vertretern der Wissenschaft eine nutzbare Quelle zur Bereicherung des Wissens sein, wie es Fuisting erstrebt hat.

Cassel. Friedberg.

Digitized by Google

2. B. v. Wilmowski, Geh. Regierungsrat, Das preußische Einkommensteuergesetz in der Fassung der Abänderungsgesetze vom 19. Juni 1906, vom 18. Juni 1907 und vom 26. Mai 1909. Dritte Auflage. Breslau 1915. J. U. Kern's Verlag (Max Müller). 373 S. Preis geb. 9 M.

Die vorliegende neue Auflage des Kommentars ist im Vergleiche zur zweiten um 119 Seiten gewachsen, der Preis ist von 5 M auf 9 M gestiegen.

Der Verfasser beschäftigt sich, wie in den beiden ersten Auflagen, hauptsächlich mit den materiellrechtlichen Vorschriften des Gesetzes und richtet sein besonderes Interesse auf die Erörterung der Bestimmungen über die Ermittelung des steuerpflichtigen Einkommens der physischen wie der nichtphysischen Personen, wobei er auch auf den Zusammenhang der steuergesetzlichen Bestimmungen mit den einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften eingeht. Dabei wandelt er, wie in den beiden ersten Auflagen, vielfach seine eigenen Wege. Die Literatur, mit Ausnahme des Fuisting'schen Kommentars und der zahlreichen Schriften über kaufmännische Buchführung und Bilanzen, wird fast nirgend angezogen; so ist z. B. der meines Dafürhaltens ausgezeichnete Artikel Droste's in dieser Zeitschrift Bd. 8 S. 348 ff. über die vielfach strittigen Strafbestimmungen des § 72 des Gesetzes gar nicht erwähnt. Seinen Standpunkt zur Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts faßt der Verfasser in dem Vorworte zur neuen Auflage in die Worte: „Ein bloßes Repertorium der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts soll eben das Buch nicht sein, wenngleich die Verwaltungsrechtsprechung überall und vollständig berücksichtigt ist." Hiernach verweist er auf sie, soweit er sie zur Unterstützung seiner Ansichten heranziehen kann. Zahlreich sind aber die Fragen, in denen er von der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts abweicht. Daß die Rechtsprechung vollständig berücksichtigt ist, auch nur soweit sie sich auf die besonders eingehend behandelten Materien bezieht, vermag ich indessen nicht anzuerkennen. Alle Kommentare, mögen sie vorwiegend das Ergebnis eigenen Denkens bringen, mögen sie das Gesetz hauptsächlich in Anlehnung an die Materialien, die Rechtsprechung und die ministeriellen Ausführungsvorschriften erläutern, haben den Zweck, die leitenden Grundsätze darzulegen, die das Gesetz hat zum Ausdrucke bringen wollen, und die Vorschriften des Gesetzes aus ihrem inneren, systematischen Zusammenhange heraus verständlich zu machen. Die vom Kommentator herangezogenen, in der Rechtsprechung der höchsten Gerichtshöfe zur Entscheidung gelangten praktischen Fälle sollen dem, der das Gesetz anzuwenden oder sich sonst mit ihm zu beschäftigen hat, die Richtung, den Sinn erkennen lassen, in welchem dem entschiedenen ähnliche Tatbestände den Vorschriften des Gesetzes einzuordnen sind. Um dieses Ziel zu erreichen, kommt es natürlich auf die Auswahl der besonders charakteristischen Entscheidungen an. Mir will nun scheinen, daß der Verfasser nicht immer die richtige Auswahl getroffen hat. Ein Beispiel für viele: zur Erläuterung des Begriffs „aus preußischem Grundbesitz" im Sinne des § 2 lit. b) des Gesetzes wird in Anmerkung 5 S. 20 lediglich auf das Urteil des Oberverwaltungsgerichts vom 18. Dezember 1894 (Entscheidung in Staatssteuersachen Bd. 3 S. 157) hingewiesen, wonach das Einkommen aus gepachteten, in Preußen belegenen Grundstücken der beschränkten Steuerpflicht des § 2 des Gesetzes unterliegt. Von mindestens gleicher grundsätzlicher Bedeutung, ja viel

Digitized by Google

charakteristischer für die Auslegung des gedachten Begriffs, ist meines Erachtens die Entscheidung a. a. O. Bd. 6 S. 317, welche die aus den Überschüssen der Einkünfte preußischer Fideikommißgüter für den Fideikommißbesitzer und dessen Geschwister während ihrer Minderjährigkeit kapitalisierten Beträge als Einkommen aus preußischem Grundbesitz erklärt, und die Entscheidung vom 4. März 1903 a. a. O. Bd. 11 S. 144, nach der das Recht auf den Bezug einer Rente aus einer Familienstiftung auch dann ein persönliches Recht auf periodische Hebungen (§ 14 des Gesetzes) bleibt und nicht zum Einkommen aus Grundbesitz wird, wenn die Mittel zur Erfüllung der Stiftungszwecke aus Grundbesitz gewonnen werden.

Der Verfasser ist vielfach bemüht, für die grundlegenden Begriffe, z. B. Einkommen (S. 31 Anm. 1), Gewerbebetrieb (S. 34 Anm. 3), Betriebskosten (S. 43 Anm. 2 Abs. 5), neue Definitionen zu finden. Ich vermag in ihnen einen Fortschritt gegenüber den von den sonstigen Kommentatoren festgehaltenen Begriffsbestimmungen nicht anzuerkennen, am allerwenigsten in der Definition des Einkommens.

Den Ergebnissen, nicht immer auch der Begründung der von der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts abweichenden Auffassungen wird man in vielen Fällen beistimmen. Hier sei z. B. auf die Ausführungen über die Anrechnung des Einkommens aus einem unter Zwangsverwaltung stehenden Grundstück hingewiesen (S. 33 letzter Abs., auch S. 221 Abs. 2), über die Berechnung der Abschreibungen auf die Substanz von Bergwerken (S. 57), über die zivilrechtliche Bedeutung der Vereinbarungen zwischen dem Regimentskommandeur und dem Vater über die dem Sohne zu gewährende Zulage (S. 65), über die Besteuerung der Kommissionsdiäten der Gerichtsassessoren (S. 73), über die steuerliche Behandlung der aus laufendem Bankkredite sich ergebenden Zinszahlungen, sofern diese nicht zu den Einnahmen oder Ausgaben einer der Quellen im § 6 Nr. 2—4 des Gesetzes gehören (S. 77, 78), über die verschiedenartige Behandlung der Bestandsdifferenzen beim lebenden landwirtschaftlichen Inventare, je nachdem das Vieh zum Weiterbetriebe der Wirtschaft oder zum Verkauf oder Selbstverbrauche bestimmt ist (S. 94 Abs. 2). Nicht selten aber fordern die Ausführungen des Verfassers zum Widerspruche heraus. Es handelt sich auf steuerlichem Gebiete häufig darum, sich darüber schlüssig zu machen, ob eine verschiedener Beurteilung fähige Frage mehr nach wirtschaftlichen oder mehr nach rechtlichen Gesichtspunkten entschieden werden soll. Die letzten Bände der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen lassen keinen Zweifel darüber, daß dieser Gerichtshof immer ausgesprochener dazu neigt, für die auf diesem Grenzgebiete liegenden Fragen die rein zivilrechtlichen Gesichtspunkte maßgebend sein zu lassen. Demgegenüber ist es freilich schwer verständlich, wie das bei Fuisting, 7. Auflage, S. 377 Anm. 1 zu c) Abs. 1 mitgeteilte Urteil vom 2. Oktober 1894 eine schriftliche, aber der Unterschrift des Berufenden entbehrende Berufung für rechtsgültig erachten kann, sofern nur die Absicht, Berufung einlegen zu wollen, zum deutlichen Ausdrucke gebracht ist. Das Finanzministerium bewertet jedenfalls das Erfordernis der Unterschrift unter einem Schriftstück anders und meines Erachtens richtiger; nach Art. 59 I 1 Abs. 1 der Ausführungsanweisung gilt eine der Unterschrift entbehrende Steuererklärung überhaupt nicht als eine Steuererklärung im Sinne des Gesetzes. v. Wilmowski, der im

Digitized by Google

übrigen bei seinen Erörterungen gerade auch den einschlägigen zivilrechtlichen Gesichtspunkten besondere Aufmerksamkeit widmet, stützt nun seine von der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts abweichenden Ansichten doch allzu oft auf die im Verkehre herrschende Auffassung, auf altherkömmlich befolgten Gebrauch, auf feststehende kaufmännische Übung und ähnliches. Hierin geht er meines Erachtens viel zu weit. So behauptet er, um ein besonders charakteristisches Beispiel hervorzuheben, bei den Erörterungen über den Bilanzwert der Betriebsobjekte und der Waren (S. 109 ff.), die Bewertung habe nach dem Anschaffungs- oder Herstellungspreise zu erfolgen; die abweichende Meinung, welche in dem Werte des § 40 Abs. 2 HGB. den Veräußerungspreis unter der Voraussetzung des Fortbetriebs des Geschäfts sehe, sei, wenn sie als zutreffend anerkannt werden müßte, durch entgegenstehendes Gewohnheitrecht abgeändert. Auch der Staub'sche Kommentar zum Handelsgesetzbuche spricht sich zwar jetzt in der 9. Auflage dafür aus, daß auch zwingendes Recht — und zu ihm gehören meines Dafürhaltens die §§ 38 ff. HGB. — durch Gewohnheitsrecht beseitigt werden könne; aber in der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe und in der Literatur hat das behauptete Gewohnheitsrecht, so bestritten der „Wert" im Sinne des § 40 Abs. 2 a. a. O. ist, meines Wissens bisher noch nicht Anerkennung gefunden. Wollte man dem Verfasser auf dem von ihm betretenen Wege folgen, so müßte man auf Grund der geradezu schreienden, aus den Steuerakten zu entnehmenden Erklärungen der meisten Kaufleute im Sinne des Handelsgesetzbuchs zu dem Schlusse kommen, daß die §§ 38 ff. HGB. durch die allgemeine Übung der bei weitem größten Mehrzahl der Kaufleute, keine Handelsbücher zu führen[1]), beseitigt sind, ein Schluß, den der Verfasser wohl schwerlich billigen würde. Erfolgreicher, als der Verfasser es mit dem Argumente der kaufmännischen oder der allgemeinen Übung versucht, läßt sich meines Dafürhaltens der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts in manchen grundsätzlichen Fragen auf dem Gebiete des Steuerrechts mit dem Einwande begegnen, daß ihre Auslegung des Gesetzes den Steuerbehörden praktisch unlösbare Aufgaben stelle, daß der Gesetzgeber aber, wie ohne weiteres vermutet werden muß, Unmögliches nicht gewollt haben könne. Doch kann an dieser Stelle hierauf nicht näher eingegangen werden. Zuweilen ist das, was der Verfasser kaufmännische Übung nennt, meines Dafürhaltens die logische Folge des gegebenen Tatbestandes, so z. B. S. 47 Anm. 9 zu A Abs. 2 und S. 105 Abs. 2; die Abschreibungen für die Abnutzung der dauernd dem Geschäftsbetriebe dienenden Gegenstände sind unerläßlich, um den Verbrauch an Kapital festzustellen und als Werbungskosten in Ansatz bringen zu können, unter die auch § 8 I 4 des Gesetzes diese Abschreibungen gruppiert; der Ansatz des Kapitalkontos des Geschäftsherrn, auch wenn dieser eine physische Person ist, unter den Passivis der Bilanz ist meines Dafürhaltens eine zwingende Folge der Grundsätze ordnungsmäßiger kaufmännischer Buchführung.

Im einzelnen ist mir besonders Folgendes aufgefallen:

S. 39 ff. werden die Formen erörtert, in denen die Berechnung des Jahreseinkommens in der Praxis bewirkt zu werden pflegt. „Als die einfachste Berechnungsweise stellt sich die Gegenüberstellung der tatsächlichen

[1]) Siehe Bd. 20 S. 73 des Verwaltungsarchivs.

Digitized by Google

Einnahmen und der tatsächlichen abzugsfähigen Ausgaben dar, in welcher einerseits die noch nicht vereinnahmten, jedoch vermöge der Begründung eines Anspruchs sicheren Gewinne, und andererseits die noch nicht verwirklichten Ausgaben ganz außer Ansatz bleiben." Diese Berechnungsweise, die der Verfasser, im Gegensatze zum Oberverwaltungsgericht, auch für das Einkommen der Rechtsanwälte als die allgemein übliche gelten lassen will (S. 141 Abs. 1), ist als solche überhaupt nicht anzuerkennen; sie würde der Willkür Tür und Tor öffnen. Daß sie von zahlreichen Steuerpflichtigen, sei es aus Gedankenlosigkeit, sei es wegen Fehlens anderer Unterlagen, angewendet wird, daß sogar die Steuerbehörden unter dem Zwange der Verhältnisse öfter nach ihr verfahren mögen, schafft ihr noch kein Recht auf Anerkennung. Wenn das Gesetz einen bestimmten Zeitraum zur Grundlage für die Berechnung des Einkommens macht, so können logischerweise, ohne daß dies im Gesetze besonders gesagt zu sein braucht, nur solche Posten als Einnahme und Ausgabe in die Berechnung eingestellt werden, die in dem maßgebenden Zeitraume rechtlich entstanden, fällig geworden sind. Der Verfasser weist denn auch selbst an zahlreichen Stellen auf diesen Grundsatz hin; seine abweichenden Ausführungen S. 141 Abs. 2 zur Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Bd. 14 S. 181 sind fehlsam. Wenn das Oberverwaltungsgericht als Einkommen der Ärzte aus der Praxis die wirklichen Einnahmen des letzten Jahres gelten läßt, so hat dies nach den Entscheidungen Bd. 4 S. 3 und Bd. 13 S. 60 seinen berechtigten Grund in der inneren Verschiedenheit der Gebühren der Rechtsanwälte und der Honorare der Ärzte.

Nach S. 72 Abs. 2 soll die dem Inhaber eines Prämienpapiers (§ 1 RG. vom 8. Juni 1871, RGBl. S. 210) bei dessen Auslosung zugefallene Prämie steuerpflichtiges Einkommen sein. Dies wäre nur richtig, wenn man in der Prämie ein Entgelt, einen Zins, für das Darlehen sehen kann.

S. 121 Abs. 2 wird behauptet, die Einnahme des Waldbesitzers aus ihm durch elementare Ereignisse aufgezwungenen Holzverkäufen gehörten, entgegen der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts, „unzweifelhaft" zu den Nutzungen des Waldes und deshalb zu den steuerpflichtigen Einnahmen. Wie das steuerpflichtige Einkommen aus der Forstwirtschaft im einzelnen festzustellen ist, ist eine der am meisten bestrittenen Fragen; so einfach, wie sich der Verfasser die Beantwortung der von ihm behandelten Frage macht, ist sie jedenfalls nicht.

Wenn sich der Verfasser S. 167 Abs. 1 am Ende für die von ihm im Gegensatze zum Oberverwaltungsgericht angenommene Abzugsfähigkeit der direkten öffentlichen Abgaben als Werbungskosten vom Einkommen der Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht auch auf die Anm. 32 zum Art. 28 der Ausführungsanweisung beruft, so ist dies abwegig; denn dieser Artikel handelt, wie auch die von den erzielten Überschüssen sprechende Anm. 32 erkennen läßt, nach seinen Eingangsworten vom steuerpflichtigen Einkommen der nichtphysischen Personen mit Ausschluß der Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht.

Daß im Falle des § 68 Abs. 2 des Gesetzes auch die Ehefrau befugt sein soll, selbständig gegen die Veranlagung des Ehemanns ein Rechtsmittel einzulegen (S. 199 Anm. 2), halte ich nicht für richtig. Nach § 10 Abs. 1 des Gesetzes ist der Mann allein der Steuerträger, nur ihm als dem Steuerpflichtigen wird nach § 42 Abs. 1 daselbst das Veranlagungsschreiben zugestellt,

Digitized by Google

nur ihm als „dem Steuerpflichtigen" stehen nach dem klaren Wortlaute des § 43 I daselbst die Rechtsmittel zu.

Die S. 202 Anm. 3 Abs. 2 angezogene Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts (Bd. 8 S. 286) erklärt die Zurücknahme eines Rechtsmittels nicht für schlechthin unwiderruflich, sondern, wie die Überschrift erkennen läßt, für die Zeit nach Ablauf der Rechtsmittelfrist.

Der Berechnung der für die Steuerermäßigung nach § 63 des Gesetzes maßgebenden Verminderung des Einkommens will der Verfasser (S. 223 Anm. 5 zu 1) nicht, wie Art. 80 VII der Ausführungsanweisung und die zu dessen Erläuterung ergangenen Erlasse, das bei der Veranlagung bezw. das im Berichtigungsverfahren nach § 85 des Gesetzes festgesetzte, sondern das zur Zeit der Veranlagung bezw. zu Beginn des Steuerjahrs wirklich vorhanden gewesene Einkommen zugrunde legen. Der Wortlaut des Gesetzes rechtfertigt meines Dafürhaltens den Standpunkt der Ausführungsanweisung. Auch an anderen Stellen, z. B. im § 19 Abs. 1, im § 62 Abs. 1, spricht das Gesetz vom „Einkommen" ohne weiteren Zusatz und meint damit offensichtlich das bei der Veranlagung festgesetzte Einkommen; ein Zweifel in dieser Richtung wäre auch ausgeschlossen, wenn im § 20 Abs. 1 des Gesetzes an Stelle von „steuerpflichtigen Einkommen" nur „Einkommen" stände. Der Absatz 2 der Nr. VII des Art. 90 der Ausführungsanweisung ist keine Abweichung vom Grundsatze des § 63 des Gesetzes, ebensowenig der Erlaß vom 23. Februar 1893 — Mitteilungen Heft 26 S. 24 Nr. 25 —, der im Ermäßigungsverfahren eine Berichtigung der ursprünglichen Veranlagung innerhalb der Grenzen der Steuerstufe zuläßt, weil nur diese, nicht das bei der Veranlagung festgesetzte Einkommen, dem Zensiten mitgeteilt werden. Die S. 224 Abs. 3 unter a)—d) angeführten Beispiele sind nicht verständlich und nicht geeignet, das zu beweisen, was der Verfasser beweisen will; zu a) und d) muß nach beiden Berechnungsarten Abweisung erfolgen, weil die Minderung (500 ℳ) unter allen Umständen nicht mehr als $^1/_5$ beträgt; zu b) und c) muß nach beiden Berechnungsarten Ermäßigung erfolgen, weil die Minderung (800 bezw. 1000 ℳ) unter allen Umständen mehr als $^1/_5$ des Einkommens ausmacht. Es ist deshalb fehlsam, wenn der Verfasser S. 224 im vorletzten Absatze sagt, nach dem von der Ausführungsanweisung befolgten Prinzipe „würde in allen zu lit. a—d erwähnten Fällen die gerade entgegengesetzte Entscheidung zu treffen sein, wie sie sich aus dem hier vertretenen Grundsatz ergibt."

Entgegen der S. 231 Anm. 5 vertretenen Auffassung tritt die Steuerpflicht eines zum Ersten eines Monats angestellten Beamten nach den bestehenden Bestimmungen erst mit dem Ersten des folgenden Monats ein. Die Ausführungsanweisung sieht das die Steuerpflicht begründende Ereignis in dem Bezuge des Gehalts (Art. 84 I 9, Art. 85 II 4 zu Nr. 3—11, 15; § 64 Abs. 2 des Gesetzes), so auch das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Bd. 16 S. 327 ff., S. 331 Abs. 2 und das Beispiel Nr. 3 S. 82, 83 im Muster XXVI des dritten Teils der Ausführungsanweisung in der amtlichen Ausgabe.

Im Anschluß an den § 88 des Gesetzes führt der Verfasser S. 261 aus, „die in einzelnen Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts hervortretende Ansicht, daß dem Minister unbeschränkt die authentische Auslegung des Gesetzes obliege und zustehe", ließe sich durch den § 88 nicht begründen. Ich vermag mich solcher Entscheidungen nicht zu entsinnen, wohl aber wiederholter Aus-

Digitized by Google

führungen des Oberverwaltungsgerichts des Inhalts, daß der Finanzminister mit dem Inhalt und Sinne des Gesetzes nicht vereinbare Bestimmungen zu treffen nicht befugt sei (z. B. Entsch. Bd. 5 S. 294 Abs. 2, Bd. 14 S. 440 Abs. 2, vgl. auch Maatz, Die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen S. 26 Nr. 3), und daß sich die Behörden, soweit seine Anordnungen sich innerhalb seiner Zuständigkeit hielten, nach ihnen zu richten hätten. Diese Notwendigkeit folgt aus § 49 Ziff. 1 des Gesetzes, wonach die Nichtanwendung oder unrichtige Anwendung auch der von den Behörden innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassenen Verordnungen einen Beschwerdegrund bildet.

Auch v. Wilmowski läßt, was mir bei seinen vielen sonstigen kritischen Erörterungen auffällt, dem Beispiel aller bisherigen Kommentatoren des Einkommensteuergesetzes folgend, die Bedeutung des im § 25 Abs. 1 am Ende aufgestellten Erfordernisses der Abgabe der Steuererklärung unter der Versicherung, „daß die Angaben nach bestem Wissen und Gewissen gemacht sind", unerörtert. Gerade hier hätte ihm meines Dafürhaltens die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Grund zu berechtigter Kritik geben sollen. Der Art. 59 I 1 Abs. 1 der Ausführungsanweisung versagt Steuererklärungen, denen die vorgeschriebene Versicherung fehlt, die Eigenschaft einer Steuererklärung im Sinne des Gesetzes; aber die Frage, wie eine Steuererklärung zu behandeln ist, falls die ihr beigefügte Versicherung sich als objektiv unrichtig oder subjektiv wahrheitswidrig erweist, läßt er unbeantwortet. Dem Oberverwaltungsgerichte kann es bei den vielen Tausenden von Sachen, die seiner Entscheidung unterlegen haben, nicht entgangen sein, daß die Bedeutung der gedachten Versicherung von einer leider allzu großen Zahl von Steuerpflichtigen etwa ebenso bewertet wird, wie das „Guten Tag!", das man im Vorübergehen einem Bekannten zuruft. Trotzdem habe ich noch keine Entscheidung gefunden, die sich mit der oben gestellten Frage beschäftigt hätte. Würde die Rechtsprechung sich jene doch eigentlich recht naheliegende Frage gestellt haben, so hätte sie meines Dafürhaltens nur eine Antwort geben können: Steuererklärungen, die nach Inhalt der Akten, entgegen der am Schlusse enthaltenen Versicherung, nicht nach bestem Wissen und Gewissen abgegeben sind, haben keinen Anspruch auf den vom Gesetze der Steuererklärung gewährten Schutz. Damit wäre die „amtliche Ermittelungspflicht" in dem vom Oberverwaltungsgericht ausgesprochenen Sinne unmöglich geworden, damit hätte vor allem dem stetig zunehmenden Sinken der Steuermoral in Preußen vielleicht mit Erfolg begegnet werden können. Wie weit diese Moral, entgegen der von vielen behaupteten erzieherischen Wirkung des Einkommensteuergesetzes, gesunken ist, dafür haben die Verhandlungen der Veranlagungskommissionen gelegentlich der Veranlagung für 1915 wiederum reichliches Material geboten. Gerade zahlreiche Zensiten aus den Kreisen, denen seit Monaten täglich in den Zeitungen vorgeworfen wird, sie nutzten die Kriegszeiten in zügelloser Profitwut zu einer geradezu schamlosen wucherischen Ausbeutung ihrer lieben Mitmenschen aus, haben Steuererklärungen abgegeben, welche die laute Entrüstung der Kommissionsmitglieder entfachten. Wenn es bei der 24. Veranlagung nach dem Gesetze vom 24. Juni 1891 noch möglich ist, daß Steuerpflichtige ein gewerbliches Einkommen von 2500 ℳ angeben und die Veranlagung nach 50 000 ℳ unangefochten

Digitized by Google

lassen, oder 5400 M gegen 55 000 M, oder 500 000 M gegen 800 000 M — ich nenne nur die mir bekannt gewordenen größten Fälle —, dann ist die Folgerung unabweislich, daß die bestehenden Verhältnisse dringend der Abhilfe bedürfen. Erst wenn eine Grundlage geschaffen sein wird, welche Gleichmäßigkeit und Gerechtigkeit in der Auflage der schon bestehenden Steuern einigermaßen sichert, wird es zulässig sein, über die ja auch nach dem denkbar günstigsten Frieden unvermeidlichen neuen Steuern, insbesondere auch über eine, wie auch immer gestaltete Kriegsgewinnsteuer, zu reden. Die seit Monaten in der Öffentlichkeit gepflogenen Erörterungen über sie haben zur Feier wahrer Orgien im Erfinden neuer Steuern geführt. Den Rekord hat jetzt Rohde mit der von ihm im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 36 Nr. 44 S. 705 ff. befürworteten „Einkommens-Vermehrungssteuer" erreicht; die etwa bei einem Einkommen von 5000 M beginnende Steuer soll schon bei einer Einkommensvermehrung von 250 M erhoben werden. „Man wird auf diese verhältnismäßig [2]) niedrige Summe heruntergehen müssen, damit man noch die zahlreichen Einkommensvermehrungen von 300 M, welche Beamte und Angestellte vielfach beziehen, mit zu der Steuer heranziehen kann" (a. a. O. S. 706): Ich kann hier nicht weiter darauf eingehen, daß eine solche Steuer bei den schon bestehenden Einkommens- und Vermögenssteuern meines Dafürhaltens eine glatte Unmöglichkeit ist, aber ich möchte doch die von Rohde nicht berührte Frage stellen, wie er die Einkommensvermehrung von 250 M bei der großen Menge der Zensiten, denen man ihr Einkommen nicht auf Heller und Pfennig nachrechnen kann, mit der heutigen Organisation der Verwaltung der direkten Steuern und den den Behörden bis jetzt zur Verfügung gestellten steuertechnischen Mitteln feststellen will. Jener Zensit, der sein gewerbliches Einkommen in 1914 mit 500 000 M angab, sich aber die Veranlagung zu 800 000 M ruhig gefallen ließ, soll nach anderer Lesart in 1914 über eine Million Mark verdient haben; für 1914 war er zu einem recht bescheidenen Steuersatze veranlagt; Nachweise hat er im Erörterungsverfahren für 1915 nicht vorgelegt. Wie groß mag wohl die Einkommensvermehrung von 1914 zu 1915 gewesen sein?

Der Kommentar gibt dem Fachmanne vielfache Anregung und wird von ihm bei der Entscheidung zweifelhafter Fragen oft mit Erfolg herangezogen werden können; der Steuerpflichtige aber, der sich wohl meist über die in der Praxis des Gesetzes herrschenden Ansichten unterrichten will, um sie zu befolgen, wird von dem Buche nur mit großer Vorsicht Gebrauch machen dürfen.

Bromberg, August 1915. Michaelis.

---

3. Dr. G. Kautz, Präsident des Kaiserlichen Kanalamts, Wirklicher Geheimer Oberregierungsrat, Das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen. Fünfte Auflage. Berlin 1915. Carl Heymanns Verlag. 409 S. Preis geb. 3 M. Von dem vortrefflichen kleinen Kommentare, dessen frühere Auflagen

[2]) Nicht auch absolut?

Digitized by Google

hier besprochen worden sind, ist nun der 1911 erschienenen vierten Auflage die fünfte gefolgt. Vergleicht man die im Jahre 1901 erschienene, 268 Seiten aufweisende Auflage mit dieser, die über 400 Seiten umfaßt, so sieht man schon äußerlich, wie das Werk unter den fleißigen Händen des Verfassers gewachsen und ausgebaut worden ist.

Die Rechtsprechung, die nie rastende, hat weitere Grundsätze ausgebildet, die Gesetzgebung sowie die Tätigkeit der obersten Verwaltungsbehörden sind fortgeschritten, neue Gesetze sind entstanden, alte sind abgeändert: das alles machte eine Neuauflage erforderlich. Die neue Rechtsprechung ist gründlich berücksichtigt, was neue Zusätze zu den Anmerkungen oder Umänderung in den bestehenden zur Folge hatte; das Reichsstempel-, das Wehrbeitrags-, das Besitzsteuergesetz vom 3. Juli 1913, das Wassergesetz vom 7. April 1913, das geänderte Reichserbschaftssteuergesetz von 1913, die Kassenordnung für Justizbehörden vom 26. Februar 1913, die Gerichtsvollzieherordnung (S. 86) vom 23. März 1915, um nur einiges anzuführen, haben gebührende Berücksichtigung gefunden. Auch einschlägige Literatur ist diesmal neu erwähnt worden.

Eine sehr dankenswerte Neuerung ist in folgendem enthalten: Auf S. 23 ff. befindet sich eine Zusammenstellung der Geldbeträge, die nach den Verordnungen vom 24. November 1843, 30. Juli 1853 und 22. September 1867 und anderen materiellen Rechtsvorschriften von preußischen Vollstreckungsbehörden im Verwaltungszwangsverfahren beigetrieben werden können. Letzteres findet überall da Anwendung, wo die Verwaltungsbehörden durch die Gesetze ermächtigt sind, Geldstrafen, Kosten und Entschädigungen festzusetzen. Die zahllosen Vorschriften waren in den früheren Auflagen in den Anmerkungen zu den genannten Verordnungen zerstreut enthalten. Den jetzigen Versuch, — der zwar nach Angabe des Verfassers selbst auf unbedingte Vollständigkeit keinen Anspruch macht, — die Vorschriften in einer Zusammenstellung zu sammeln und systematisch geordnet zu bringen, wird zweifellos die Praxis sehr freudig begrüßen. Die Zusammenstellung gruppiert sich in A. Reichs-, Staats- und Kommunalabgaben. B. Verwaltung des Innern. C. Medizinalverwaltung. D. Kirchen- und Schulverwaltung. E. Allgemeine Justizverwaltung. F. Heeresverwaltung. G. Bau- und Verkehrsverwaltung. H. Berg-, Handels- und Gewerbeverwaltung. I. Landwirtschaftliche, Domänen-, Forst- und Fischereiverwaltung. K. Reichsversicherungsordnung und Angestelltenversicherung. Die Zusammenstellung zerfällt in den einzelnen Abschnitten je nachdem wieder in Unterabschnitte, umfaßt 44 Seiten und ist sehr übersichtlich.

Nach Art. 80 der Ausführungsanweisung vom 28. November 1899 richtete sich die Frage, inwieweit zur Stellung eines Antrags auf Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung die Genehmigung der Aufsichtsbehörde erforderlich war, nach den hierüber in den einzelnen Ressorts bestehenden oder künftig ergehenden Vorschriften. Dieser erste Satz des Art. 80 ist durch Anordnung vom 20. Juni 1913 (JMBl. S. 355) aufgehoben, die Genehmigung ist nicht mehr erforderlich. Diese Änderung ist auf S. 246 zu Art. 80, auf S. 165 Anm. 2 zu § 51 und in der Einleitung S. 11 und 12 näher berücksichtigt worden; letztere Stelle weist auch auf die Verfügung vom 27. August 1912 hin, daß Subhastationsanträge wegen rückständiger Abgaben nur in ganz besonderen Fällen gestellt werden sollen.

Digitized by Google

Als sehr praktisch muß auch bezeichnet werden, daß das früher in der vierten Auflage S. 118 ff. in Anm. 21 und 22 zu 46 der Verordnung vom 15. November 1899 abgedruckte Gesetz über die Beschlagnahme des Arbeits- und Dienstlohns jetzt in einem getrennten Abschnitte G. S. 357 ff. gebracht und mit Anmerkungen reichlich erläutert wird. Auch das wird die Praxis angenehm empfinden. — Bei dieser Gelegenheit sei bemerkt, daß die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 17. Mai 1915 (RGBl. S. 285) über die Einschränkung der Pfändbarkeit von Lohn-, Gehalts- und ähnlichen Ansprüchen in dem Kommentare noch nicht hat berücksichtigt werden können, da er zeitlich vorher abgeschlossen war; das Gleiche gilt von der auch durch den Kriegszustand hervorgerufenen Preußischen Verordnung wegen Abänderung der Verordnung vom 15. November 1899 vom 24. August 1915 (GS. S. 127), durch die der § 46 abgeändert wird.

Die Ergänzungen in den Anmerkungen betreffen sowohl die Verordnung wie die Paragraphen der Zivilprozeßordnung, überall sieht man, wie der Verfasser alles Neue genau verfolgt und verarbeitet hat; in dieser Hinsicht sei besonders hingewiesen auf die Anmerkungen zu § 1 (S. 70, 71), § 6 (S. 87), § 8 (Anm. 4 Abs. 2 S. 94, 95), § 21 (S. 113, 114), § 36 (S. 131 ff.), § 44 (S. 144), § 46 (S. 149 ff., der zahlreiche Ergänzungen in seinen Anmerkungen enthält, darunter auch die wichtige Reichsgerichtsentscheidung über das Verhältnis zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung, welche Entscheidung S. 359 inhaltlich wiedergegeben ist), ferner zu § 53 (S. 168), zu § 54 (S. 170 ff.), endlich zu Art. 28 (S. 213), zu §§ 830 und 865 ZPO. (S. 308, 327).

Auf S. 164 ist von dem früheren Druckfehler im Texte des § 50 a immer noch ein Rest geblieben; es muß statt: Die „entsprechenden" Behörde heißen: „entsprechende". Ein weiterer in der früheren Besprechung schon hervorgehobener Druckfehler ist in Anm. 1 zu § 852 S. 315 stehen geblieben, es muß § 1967 statt § 1867 BGB. heißen.

Der frühere Wunsch, den Text der Verordnung vom 15. November 1899 zusammenhängend als Anhang zu setzen, ist leider auch diesmal nicht erfüllt; er wird aber vom Standpunkte der Praxis aus wiederholt.

Gegenüber dem Inhalte der Erläuterungen, denen zuzustimmen ist, ist nichts zu bemerken; die Gründlichkeit, Sachlichkeit und Reichhaltigkeit der Anmerkungen sind schon früher lobend betont worden. Das Werk wird in seiner neuen Gestalt sich doppelte Anerkennung erwerben.

Düsseldorf. Appelius.

---

4. Dr. E. Moeli, Professor an der Universität Berlin, Geheimer Obermedizinalrat, Die Fürsorge für Geisteskranke und geistig Abnorme nach den gesetzlichen Vorschriften, Ministerialerlassen, behördlichen Verordnungen und der Rechtsprechung. Halle a. S. 1915. Carl Marholds Verlagsbuchhandlung. 212 S. Preis 7,50 M.

Die vorliegende Schrift ist dazu bestimmt, „eine Verbindung zwischen der psychiatrischen Tätigkeit im engeren Sinne und dem, was in der Verwaltung, in der Rechtspflege und der sozialen Ordnung als Fürsorge für geistig Abnorme geschieht, herzustellen" und „den Überblick über die in der Fürsorge für Geisteskranke im allgemeinen zusammenlaufenden Maßregeln zu erleichtern".

Digitized by Google

Der Name des Verfassers bürgt von vornherein dafür, daß Vollkommenes geschaffen wurde, denn hier kommen die praktischen Erfahrungen des Psychiaters und Anstaltsleiters sowie dessen besondere verwaltungstechnische Erfahrung als langjähriger Mitarbeiter in der preußischen Zentralinstanz zur Geltung.

In Kürze und doch erschöpfend wird der zu bearbeitende Stoff dargestellt; auch solche Gebiete, die, wie die Fürsorgeerziehung und die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, etwas ferner zu liegen scheinen, aber doch in unmittelbarem Zusammenhange zum Thema stehen, finden eingehendere Besprechung.

Über die Einteilung des Stoffes und den Inhalt ist folgendes kurz zu sagen. Im ersten Hauptstück „Allgemeines" wird unter den vorbeugenden Maßregeln die dauernde Asylierung der nicht Arbeitsfähigen unter nützlicher Beschäftigung ohne überflüssigen Zwang hervorgehoben; bei der Bekämpfung des Alkoholismus wird der Enthaltsamkeitsbewegung und der Bestrebungen des Deutschen Vereins gegen den Mißbrauch geistiger Getränke rühmend gedacht. Die Jugendfürsorge in allen ihren Zweigen (Kindergärten, Schulärztätigkeit, Jugendpflege u. a.), die besondere Sorge für geistig abnorme Jugendliche (Hilfsschulen, besondere Erziehungsanstalten mit geregeltem Meldesystem) und die Fürsorgeerziehung mit dem Ziele einer psychischen Beobachtung und Anmeldung aller abnorm Befundenen an die Militärersatzbehörden finden als wichtige Gebiete der Fürsorge für geistig Abnorme Berücksichtigung. Das Reichsgesetz über den Unterstützungswohnsitz und die Reichsversicherungsordnung haben, wie gezeigt wird, besondere Beziehungen zur Frage dieser Fürsorge.

Die rechtliche Stellung der Geisteskranken wird im zweiten Hauptstücke behandelt, wobei die Beziehungen zum Verwaltungs-, bürgerlichen und Strafrecht erläutert und die wichtigsten Bestimmungen über die ärztlichen Sachverständigen kurz besprochen werden.

Das dritte Hauptstück beschäftigt sich mit dem Anstaltswesen, wobei öffentliche Anstalten für Geisteskranke, solche für Schwachsinnige und Epileptische und für Alkoholisten und Privatanstalten unterschieden werden. Neben statistischen Angaben werden die Bestimmungen über Ärzte, Angestellte, Pflegepersonal, die Reglements, Formalitäten über Aufnahme der Kranken, die Bestimmungen über Bau und Einrichtung der Anstalten, die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, Konzession und Beaufsichtigung der Privatanstalten besprochen.

Im letzten Hauptstücke findet die Fürsorge für Kranke außerhalb der Anstalten, namentlich bei und nach Entlassung aus Anstalten (Familienpflege, Beiratsstellen, Hilfsvereine für Geisteskranke) eine kurze Besprechung.

Von den zahlreichen einschlägigen Vorschriften sind wörtlich die wichtigsten reichsgesetzlichen und preußischen Bestimmungen, diejenigen aus den übrigen deutschen Bundesstaaten dem Inhalte nach wiedergegeben.

Eine chronologische Übersicht über die wichtigsten Gesetze usw. sowie ein kurzes Sachregister helfen dazu, daß der Leser sich schnell über Einzelfragen unterrichten kann.

Das Buch kann Ärzten und besonders auch Verwaltungsbeamten, für die beide es bestimmt ist, aufs beste empfohlen werden, da es dazu dient, sich

Digitized by Google

auf dem etwas verwickelten Gebiete der Fürsorge für Geisteskranke und geistig Abnorme schnell und leicht zurechtzufinden.

Königsberg i. Pr. Dr. Solbrig.

---

5. P. A. Baath, Kaiserl. Geheimer Regierungsrat, Mitglied des Bundesamts für das Heimatwesen, Praktische Behandlung von Armenpflegefällen. Anleitung zur Behandlung von Armenpflegefällen, zur Verfolgung der daraus entstehenden Ansprüche und zur Verteidigung gegen Ansprüche anderer Armenverbände. Berlin, 1914, Franz Vahlen. 154 S. Preis 2,20 *M*.

Das Werk beginnt mit dem Texte des Unterstützungswohnsitzgesetzes und des für die preußischen Armenverbände im gegenseitigen Verkehre maßgebenden Tarifs vom 30. November 1910, um sich sodann seiner aus dem Titel ersichtlichen Aufgabe zuzuwenden. Der Anhang enthält einige Formulare, z. B. für die Vernehmung Hilfsbedürftiger, für einen Überführungsantrag, für eine Klage. Berücksichtigt sind im wesentlichen preußische Verhältnisse, doch ist das Werk in weitem Umfang auch für Armenverbände anderer Bundesstaaten brauchbar, und es erfüllt seinen Zweck, bei dem in erster Linie kleinere Armenverbände, Bürgermeister, Gemeinde- und Gutsvorsteher ins Auge gefaßt sind, durchaus. Kräftig betont sind u. a. die unbedingte Unterstützungspflicht des Armenverbandes des Aufenthaltsorts und die Grenze zwischen armenrechtlichen und solchen Maßnahmen, für welche andere Behörden zuständig sind; die wesentlichsten Bestimmungen der Reichsversicherung sind kurz wiedergegeben.

Daß bei einer derartigen, kurz gefaßten Darstellung, die ausschließlich praktische Winke geben soll, mancher Satz zu Bedenken Anlaß gibt, ist natürlich. Auf S. 48 und 51 wird z. B. die schwierige Behandlung solcher Fälle erwähnt, in denen der Hilfesuchende (Ehefrau, Altsitzer) gegen einen Dritten zweifellos Anspruch auf Gewährung nur des Naturalunterhalts hat, sich aber weigert, von diesem Anspruch Gebrauch zu machen, während der Dritte die Zahlung einer Geldrente mit Recht verweigert. Der Verfasser meint, der Armenverband könne dann allenfalls versuchsweise durch Versagung der Unterstützung einen Druck auf den Hilfesuchenden dahin ausüben, daß er die Naturalverpflegung in Anspruch nähme; wenn dieser Versuch erfolglos sei, müsse der Armenverband aber unterstützen, denn er könne den Hilfesuchenden nicht zwingen, die Naturalverpflegung anzunehmen. Letzteres ist gewiß zutreffend, und in der Praxis wird auch wohl meistens so verfahren. Richtig erscheint diese Auffassung aber nicht. Wer einen liquiden Anspruch auf Unterhaltsgewährung hat, ist ebensowenig hilfsbedürftig wie derjenige, der einen liquiden Anspruch auf eine Geldsumme hat, mag er sich vielleicht aus irgend einem Grunde weigern, von seinem Schuldner Geld anzunehmen; man wird doch gewiß auch niemanden unterstützen, der ein Sparkassenguthaben hat, sich aber beharrlich weigert, dasselbe abzuheben, und lieber hungert und friert. Wird dieser Grundsatz aber nicht anerkannt, sondern die Weigerung an sich als maßgebend angesehen, so ist es wiederum bedenklich, durch Versagung der Unterstützung einen Druck auszuüben.

Wenn Eheleute in Gütergemeinschaft leben und einer der Ehegatten bedürftige unterhaltsberechtigte Verwandte hat, deren Ansprüche aus dem Gesamtgute zu befriedigen sind, so vereinbaren die Ehegatten, um sich diesen

Digitized by Google

Ansprüchen zu entziehen, nicht selten Gütertrennung in der Weise, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte einen so geringen Teil des Gesamtguts erhält, daß die unterhaltsberechtigten Verwandten leer ausgehen. In einem solchen Falle wird der eheliche Gütervertrag ohne Zweifel auf Grund des Gesetzes, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, vom 21. Juli 1879 angefochten werden können. Mit welcher Wirkung aber? Nach Ansicht des Verfassers (S. 51) nur insoweit, als dem nicht unterhaltspflichtigen Ehegatten durch den Vertrag mehr Vermögen zugewiesen ist, als bei einer Auseinandersetzung gemäß dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf seinen Teil fällt. Richtiger aber wohl insoweit, als die Befriedigung der Unterhaltsberechtigten durch den Vertrag geschmälert ist; für die Beurteilung und Durchführung ihrer Ansprüche gilt der Vertrag als nicht geschlossen, und der durch diesen Vertrag hervorgerufene Zustand darf nicht demjenigen gegenübergestellt werden, der ohne Gütergemeinschaft bestanden haben würde, sondern nur dem der Gütergemeinschaft.

Bei der Darstellung der Krankenversicherung ist als Zeitpunkt des Beginns der Mitgliedschaft Versicherungspflichtiger ganz allgemein der Tag des Eintritts in die Beschäftigung bezeichnet (S. 60), während die Mitgliedschaft bei unständig Beschäftigten und hausgewerblichen Versicherungspflichtigen erst mit der Eintragung in das Mitgliederverzeichnis beginnt. Auf S. 62, wo die Gewährung von Krankenhauspflege durch die Krankenkassen besprochen wird, wäre zweckmäßigerweise auf S. 71 hinzuweisen, wo die wichtige Befugnis der Aufsichtsbehörde zum Eingreifen erwähnt wird. Auf S. 72 vertritt der Verfasser die leider weit verbreitete Anschauung, daß bei armenrechtlicher Familiengemeinschaft der Armenverband die versicherungsrechtlichen Bezüge der Familienglieder nicht in Anspruch nehmen kann, wenn auch die Unterstützung aus in ihrer Person liegenden Gründen notwendig geworden ist. Wie wenig diese Anschauung im Gesetze begründet ist und den Bedürfnissen der Praxis entspricht, ist bereits früher in dieser Zeitschrift (Bd. 12 S. 167) ausführlich dargetan. Das Gleche gilt von der Anschauung, daß der Armenverband den Versicherten auf Abgabe seines Einverständnisses beim Versicherungsamte verklagen muß, wenn der Versicherte mit der Überweisung seines Anspruchs nicht einverstanden ist (Bd. 13 S. 488 f.). Der Ausdruck „Überweisung" ist übrigens bei der Art der Gestaltung des Rechtsverhältnisses nach der Reichsversicherungsordnung wohl besser zu vermeiden.

Bei der Erläuterung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthaltsort" heißt es auf S. 78: „Arbeiter, welche die Wochentage an ihrem Arbeitsorte zubringen und nur gelegentlich des Sonntags, und zwar auch von Sonnabend abend bis Montag früh, zu ihrer Familie zurückkehren, haben ihren gewöhnlichen Aufenthalt am Arbeitsorte." Das Wort „gelegentlich" müßte hier richtigerweise fehlen, weil auch eine regelmäßige Rückkehr für den Sonntag im allgemeinen nicht ausreicht, den gewöhnlichen Aufenthalt am Orte der Familienwohnung zu begründen; statt dessen würde anzufügen sein, daß Ausnahmen denkbar sind. Das ist z. B. der Fall, wenn der Aufenthalt außerhalb des Familienwohnorts nur auf einem ganz vorübergehenden Zwecke beruht.

Wenn auf S. 84 ausgeführt wird, daß die Lieferung von Kleidungsstücken, Betten, Hausgerät, künstlichen Gliedmaßen, Mitteln zum Betrieb eines Gewerbes usw. die Frist für den Erwerb und Verlust des Unterstützungs-

Digitized by Google

wohnsitzes nicht ohne weiteres für die Zeit der Benutzung, sondern in der Regel nur für den Lieferungstag zum Ruhen bringe, so setzt sich der Verfasser damit freilich nicht in Widerspruch mit der Rechtsprechung, trifft aber doch wohl nicht ganz das Richtige. Nach der Entscheidung des Bundesamts Bd. 6 S. 72 kann allerdings im allgemeinen die Gewährung eines Kleidungsstücks nur als einmalige, kurz vorübergehende Unterstützung betrachtet werden; wie lange der Zeitraum ist, der dafür gerechnet werden darf, darüber findet sich aber, soweit dem Unterzeichneten bekannt ist, in keiner Entscheidung eine Erklärung. Ein befriedigendes Ergebnis läßt sich bei allen Unterstützungen, die ihrer Natur nach nicht ohne Zweifel nur für einen einzelnen Tag dienen sollen, nur dadurch erzielen, daß der Geldwert zugrunde gelegt und der Zeitraum berechnet wird, während dessen der Unterstützte mit einem derartigen Betrage hätte auskommen können. Für einmalige Geldunterstützungen ist dieser Standpunkt vom Bundesamte (Bd. 26 S. 25) gebilligt. Bei einer leihweisen Überlassung eines notwendigen Bedarfsgegenstandes dürfte die Anerkennung des Ruhens der Frist für die ganze Dauer der Überlassung übrigens gar nicht zu umgehen sein.

Hamburg. Regierungsrat Dr. Alfred Olshausen.

---

6. G. W. Breithaupt, Öffentliches Armenrecht und persönliche Freiheit. Tübingen 1915. H. Laupp'sche Buchhandlung. 150 S. Preis 4,60 *M*. (Auch als Ergänzungsheft 51 zur Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft.)

Die Schrift gibt eine eingehende geschichtliche Darstellung der beiden in der Rechtsentwicklung miteinander streitenden Systeme des Heimatsrechts (bayrisches System) und des Unterstützungswohnsitzes (französisch-preußisches System) bis zum Durchdringen des letzteren im Reichsrechte. Der Verfasser baut seine Darstellung auf den von Lorenz v. Stein formulierten Unterschied von Gemeinschaft und Gesellschaft auf und führt sie (S. 150) zu dem Endergebnisse: „Verdrängung der gemeinschaftlichen Gemeinde durch den gesellschaftlichen Staat im Rechtsgebiete der Armenversorgung". In geschichtlicher Entwicklung weist er die Verknüpfung der Freizügigkeits- und Verehelichungsbeschränkungen mit dem die Gesamtheit der Rechtsbeziehungen des Subjekts zur Gemeinde verkörpernden Heimatrecht und den Wegfall beziehungsweise das Zusammenschrumpfen der Beschränkungen bei dem sich nur auf die armenrechtlichen Wirkungen beziehenden Systeme des Unterstützungswohnsitzes nach. Nach dem Titel der Schrift hätte man auch etwas über das geltende Recht und seine Gestaltung in Rechtsprechung und Praxis erwartet, was, zumal da die Literatur hierüber recht spärlich ist, sehr wünschenswert gewesen wäre. Die Beschränkung auf die Entwicklungsdarstellung hätte in der Benennung der Arbeit Ausdruck finden müssen — der Praktiker erwartete unter dem Titel auch dies.

Wittenberg a. E. Dr. Thelemann

Digitized by Google

7. Carl Koehne, Professor an der Königl. Technischen Hochschule. Das Recht der Sozialversicherung und der Krieg. 64 S. Verlag von Ernst Hofmann & Co., Berlin. Preis 1,50 M.

Die kleine Schrift ist aus einer der Deutschen Reden in ernster Zeit, die an der Technischen Hochschule Berlin gehalten wurden, hervorgegangen. Sie deckt in fesselnder Darstellung die rechtlichen, wirtschaftlichen und ethischen Fäden zwischen der Sozialversicherung und dem Kriege auf. Sie gibt dabei in der bei dem Verfasser selbstverständlichen gründlichen Art dem Fachmann eine Fülle von Stoff. Alles ist von hohem vaterländischen Geiste getragen. Die Schrift ist eine schöne Bereicherung unserer Kriegsdokumente und wird dem auf sozialwissenschaftlichem Gebiete neuerdings erfolgreich tätigen Verfasser neue Freunde erwerben.

Essen-Bredeney. Landrichter Ernst Ruben.

---

8. Dr. Ludwig Waldecker, Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechtes nach Preußischem Rechte. Ein Beitrag zur Feststellung der Grenze zwischen der Korporation des öffentlichen und des Privatrechts überhaupt. Berlin 1913. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung G. m. b. H. 174 S. Preis 4 M.

Die vorliegende Schrift war mir noch nicht bekannt, als ich meinen Aufsatz über Juristische Personen in Bd. 23 S. 1 ff. des Verwaltungsarchivs niederschrieb. Begreiflicherweise war ich gespannt darauf, ob es dem Verfasser gelungen sei, ein inneres Merkmal zu finden, statt der äußeren, die ich auf S. 9 ebenda in die Worte kleidete, „daß die Mitgliedschaft bei einer privatrechtlichen Körperschaft stets durch Rechtsgeschäft erworben werde, die bei einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes nie durch Rechtsgeschäfte".

Waldecker sagt statt dessen als Schlußergebnis seiner ausführlichen, namentlich geschichtlichen Untersuchungen (S. 157): „Nach der hier vertretenen Auffassung besteht dieses Charakteristikum für Preußen, wie überall, in der Unterstellung des Sozialrechts der Korporation unter die gleichen Gesichtspunkte, die das Sozialrecht des Staates beherrschen." Und demselben Gedanken gibt er schon in der Einleitung (S. 29) folgende Worte: „Als öffentlichrechtlich erscheint somit diejenige Körperschaft, welche durch staatsrechtlichen Satz als solche anerkannt ist, die zu einem Gliede des Staatsganzen, des Staatsorganismus erklärt ist. Nicht kommt es hierbei an auf den speziellen Zweck, den die Körperschaft verfolgt, sondern darauf, ob der Staat — etwa mit Rücksicht auf diesen Zweck — das Gemeinleben der Korporation für wichtig genug erachtet, sie gleichartigen Normen zu unterstellen, wie sie sein eigenes Gemeinleben beherrschen."

Ich kann nicht finden, daß diese beiden Begriffsbestimmungen ein deutlich erkennbares Merkmal zur Unterscheidung der beiden Arten der Körperschaft geben, habe auch in den fleißigen, aber recht abstrakten und anschauungslosen geschichtlichen Untersuchungen keine nähere Erläuterung finden können, und eigentlich gibt Waldecker die Findung einer bestimmten Abgrenzung selbst

Digitized by Google

auf, wenn er auf S. 34 sagt: „Es gibt kein absolutes Prinzip der Scheidung. Die Grenzlinie zwischen der Verbandsperson des öffentlichen und des privaten Rechtes läßt sich nicht einheitlich feststellen; entscheidend ist nur die in der Rechtsordnung ausgeprägte Gesamtauffassung."

Da glaube ich denn doch mit meinem Merkmale weiter gekommen zu sein. Dies wird von Waldecker berührt, aber abgeleugnet. Er sagt, wenn ich ihn recht verstehe, auf S. 27 von allen öffentlichrechtlichen Körperschaften (auch Stiftungen?), daß die Unterwerfung unter sie stets auf freiem Willensentschlusse beruhe. Das ist falsch, nicht nur wegen der Gemeinden, sondern auch wegen aller anderen öffentlichen Körperschaften.

Übereinstimmend mit dem Verfasser (S. 32) möchte auch ich annehmen, daß es nicht einen besonderen Begriff der „öffentlichen Korporation im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs" im Gegensatze zu einem solchen Begriff im Sinne des Landrechts gibt, ich nehme mit ihm an, daß nur das letztere entscheidend ist. Dem von Waldecker Gesagten läßt sich noch der Hinweis auf folgendes Beispiel hinzufügen. Wenn mehrere Gemeinden in Rheinland, Westfalen oder Hannover vor 1911 sich zur Gründung eines gemeinschaftlichen Elektrizitätswerkes (einer Kleinbahn oder eines ähnlichen Unternehmens) zusammentun wollten, so konnten sie es nur in der Weise, daß sie eine privatrechtliche Gesellschaft nach § 22 BGB. oder nach Handelsrecht bildeten. Jetzt können sie einen Zweckverband, also eine öffentlichrechliche Körperschaft bilden, ohne daß die wirtschaftlichen Interessen und das Verhältnis zwischen dem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb und der Förderung des Gemeinwohls irgendwie geändert wäre. Mit einem Worte, derselbe wirtschaftliche Geschäftsbetrieb kann sowohl durch eine öffentliche wie durch eine private Körperschaft verfolgt werden.

In Übereinstimmung mit S. 170 bin auch ich der Meinung, daß auf öffentliche Körperschaften die §§ 21—79 BGB. nicht anwendbar sind, und ebenso die §§ 80—88 nicht auf die Stiftungen des öffentlichen Rechtes.

Interessant, aber meines Erachtens nicht abschließend, sind die Ausführungen auf S. 157—174 über die Frage, ob nach heutigem Rechte eine öffentliche Körperschaft nur durch Gesetz oder auch durch Verwaltungsakt der „Exekutive" geschaffen werden kann. Ich meine, man muß, nicht nur für das Landrechtsgebiet, auf das der Verfasser sich ausschließlich bezieht, sondern für ganz Preußen verschiedene Seiten unterscheiden, und man kann dabei am besten von der Schaffung der Ärztekammern ausgehen.

Die Königliche Verordnung vom 25. Mai 1887 schafft eine ärztliche Standesvertretung, indem sie unter dem Namen Ärztekammer eine Behörde einsetzt, ihr bestimmte Aufgaben gibt und den Kreis derjenigen, welche wählbar und wahlfähig sind, abgrenzt. Diese Ärztekammern sind eine Einrichtung der öffentlichen Verwaltung, die Teilnahme wird nicht durch Rechtsgeschäft erworben, sondern durch Beruf und Wohnsitz und niemand kann sich ihr entziehen. Die Verordnung ist durch weitere Verordnungen vom 21. Juli 1892, 20. Mai 1898 und 23. Januar 1899 in unwesentlichen Punkten abgeändert, und darauf folgt das Gesetz vom 25. November 1899, das der Kammer in § 49 das Besteuerungsrecht und in § 50 der Kasse der Kammer die Rechtsfähigkeit verleiht. Die Kasse ist nun wohl nichts als die vermögensrechtlich angeschaute Seite der durch die Gesamtheit der Wahlberechtigten gebildeten

Digitized by Google

Personeneinheit, die hier die Rechte einer Körperschaft erhielt. Grund für das gesetzliche Einschreiten sind wohl die erheblich erhöhte Strafgewalt (Geldstrafe bis zu 3000 ℳ, § 15 I 3) und das Besteuerungsrecht.

Ich nehme nun an:

Die Verleihung der Rechtsfähigkeit steht der Krone zu. Dies ergibt sich schon aus Art. 13 VerfUrk., wo dieses Recht vorausgesetzt und für gewisse Fälle (Religionsgesellschaften und geistliche Gesellschaften) eingeschränkt wird. Der König hat dies Recht in der Verordnung vom 16. November 1899 (GS. S. 562) Art. 1 auf den Minister übertragen. Durch Reichsrecht ist der König auch insoweit beschränkt, als er die Rechtsfähigkeit privaten Vereinen nach § 21 BGB. nicht verleihen kann.

Die Unterordnung der Körperschaft unter den Staat im Sinne des § 69 Teil II Titel 10 des Allgemeinen Landrechts steht auch dem Könige zu. Vermöge seiner Organisationsgewalt (die bei der Beratung zu § 2 des Organisationsgesetzes vom 26. Juli 1880 allgemein anerkannt ist, vgl. den stenographischen Bericht des Herrenhauses vom 22. Juni 1880 S. 306) kann er Behörden schaffen und aufheben und ihre örtliche und sachliche Zuständigkeit bestimmen; er kann amtliche Zuständigkeiten und Befugnisse nicht nur den Angestellten öffentlicher, sondern auch privater Körperschaften verleihen, wie dies in bezug auf die Ingenieure der Dampfkesselüberwachungsvereine durch Ausführungsanweisung des Ministers für Handel und Gewerbe vom 16. Dezember 1909 (MinBl. S. 555) § 2 I 9 geschehen ist.

Aber wegen der Verleihung des Besteuerungsrechts habe ich Zweifel an der Zuständigkeit des Königs und der Staatsregierung. Es ist in Preußen nicht zulässig, einer Personenvereinigung, deren Mitgliedschaft sich niemand entziehen kann, ein so weitgehendes Recht zu geben. Und so sehe ich auch keinen Fall, wo dieses Recht durch Anordnung des Königs oder des Ministers gewährt worden wäre. Dasselbe gilt von der Verleihung des Strafrechts, soweit es sich nicht um die Ausschließung oder um die Entziehung der besonderen mit der Mitgliedschaft verbundenen Vorteile (Wahlrecht und Wählbarkeit) handelt. Die durch Verordnung geschaffenen Standesvertretungen: Ärztekammerausschuß (Verordnung vom 6. Januar 1896 Art. I § 6), Zahnärztekammern (Verordnung vom 16. Dezember 1912 §§ 4, 13), Tierärztekammern und Tierärztekammerausschuß (Verordnung vom 2. April 1911 §§ 4, 13, 21), Apothekerkammern und Apothekerkammerausschuß (Verordnung vom 2. Februar 1901 §§ 4, 10, 17) haben kein Besteuerungsrecht und als Strafmittel nur die Entziehung des Wahlrechts und der Wählbarkeit. Andere Standesvertretungen sind durch Gesetz geschaffen worden. Ohne das Besteuerungsrecht sind die Körperschaften nur ausnahmsweise lebensfähig.

Der geschichtliche Teil der Waldeckerschen Schrift enthält auch eine Fülle von Nachweisungen über die Rechtsgeschichte einzelner Arten von Genossenschaften, so über die Aktiengesellschaften (S. 93), Gewerkschaften (S. 99), Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (S. 100), Provinzial- und Kreisstände (S. 110), Kommunalstände (S. 112, vgl. dazu Bornhak im Verwaltungsarchive Bd. 23 S. 426 *), Landschaften in Hannover (S. 116), Kaufmännische Korporationen, Landwirtschaftskammern, Deichverbände, Wasser-

*) Siehe oben S. 86. — Die Herausgeber.

Digitized by Google

genossenschaften und ähnliches (S. 119, 131)[1]) Markgemeinden (S. 136), Haubergsgenossenschaften (S. 140), Landschaften (S. 147).

Das Ganze ist, wenn auch der Verfasser das letzte Ziel nicht erreicht hat, doch eine wertvolle Arbeit.

Düsseldorf. Karl Friedrichs.

---

9. H. Jünger, Justizrat in Wiesbaden, Die Kriegsgesetze. Hannover, 1915. Helwingsche Verlagsbuchandlung. 406 S. Preis geb. 5 *M*.

---

10. 12 Monate Kriegsnotgesetze. Sammlung der Gesetze, Verordnungen und Erlasse für das Reich und Preußen. Berlin, 1915. Carl Heymanns Verlag. 800 S. Preis geb. 5 *M*.

Die beiden Sammlungen sind einander so unähnlich wie möglich. Das zeigt schon der Titel, der bei Jünger etwas altertümlich schwerfällig geraten ist und in der Ruhe seiner Worte und Zeilen für sich allein ein kleines Vorwort darstellt, während Carl Heymanns Verlag mit einem Bruchteile solchen Aufwandes auskommt und doch alles Nötige schon auf dem Umschlage zu sagen weiß. Jünger hat die Sache aber auch sonst nicht leicht genommen. In dem Gedanken an wissenschaftliche und berufliche Verwendung legt er besonderes Gewicht auf sachliche Gruppierung seines Materials. So kommt er zu zwei Hauptabteilungen, Reich und Preußen, und einem Nachtrage, der in derselben Gruppierung noch die während des Druckes (Mai bis Juni 1915) erschienenen Erlasse mitberücksichtigt und auf fortlaufende Ergänzung für spätere Nachträge eingerichtet ist. Die erste Hauptabteilung (Reich) bringt zunächst eine Zusammenstellung der Titel nach dem Datum und sodann eine Folge von 13 sachlich geordneten Abschnitten mit Unterabschnitten, während die Zusammenstellung für Preußen nach den verschiedenen Gesetz- und Ministerialblättern geordnet ist, innerhalb deren der Stoff in der zeitlichen Reihenfolge der Veröffentlichung wiedergegeben wird. Vollständig abgedruckt wird alles, was sich auf das Gerichts- und Bankwesen und den kaufmännischen Verkehr bezieht, während sonst nur die Stücke von allgemeinerer oder richtunggebender Bedeutung aufgenommen sind und die übrigen lediglich nach Titel, Zeit und Ort der Veröffentlichung aufgeführt werden. Darin liegt ein Moment der Unsicherheit und zugleich eine Beschränkung, die im Vereine mit der ungleichen Anordnung des reichsdeutschen und des preußischen Materials keinesfalls einen Vorzug des Werkes bildet. Wer bei Jünger eine bestimmte Verordnung nachschlagen will, muß sich zunächst darüber klar werden, in welcher der vielen Abteilungen und Unterabteilungen er sie zu suchen hat, und schließlich doch darauf gefaßt sein, daß er sie nur in der angegebenen Weise zitiert, aber nicht im Wortlaut abgedruckt findet. Das Register ist letzten Endes auch hier der sicherste Wegweiser, und so ist es zweifellos die einfachste Lösung, wenn Carl Heymanns Verlag die zeitliche Aufeinanderfolge allein zugrunde gelegt hat und im übrigen das Register

[1]) Das Wassergesetz vom 7. April 1913 ist in dem Ende Juli 1913 abgeschlossenen Werke noch nicht berücksichtigt. Es wäre interessant gewesen, zu erfahren, wie Waldecker über die rechtliche Natur der verschiedenen Arten von Wassergenossenschaften denkt.

Digitized by Google

Auskunft geben läßt. Die sehr handliche Ausgabe bringt, wie es im Titel heißt, nur die „noch giltigen wichtigeren Gesetze, Verordnungen und Erlasse", ohne nähere Angabe der Gesichtspunkte, die für die Wichtigkeit des einzelnen Stückes entscheidend sein sollen. Der Vollständigkeit wegen hätte es sich wohl empfohlen, die ausgelassenen Stücke an ihrer Stelle wenigstens zu zitieren — groß kann ihre Zahl ohnehin nicht sein, wenigstens habe ich durch Stichproben nichts dergleichen ermitteln können. Zusammenfassend wird man sagen dürfen, daß das Jüngersche Buch einen interessanten und vor allem für wissenschaftliche Zwecke wertvollen Versuch darstellt, den man nur gerne zu absoluter Vollständigkeit durchgeführt sehen möchte, während Carl Heymanns Ausgabe vorwiegend den Bedürfnissen der Praxis, diesen aber auch sehr viel besser gerecht wird als die mühevolle Arbeit von Jünger.

Barmen. Dr. Markull.

---

11. B. L. Freiherr v. Mackay, Die moderne Diplomatie, ihre Entwicklungsgeschichte und ihre Reformbedürftigkeit. Frankfurt a. M. 1915. Literarische Anstalt Rütten & Loening. 175 S. Preis 2,80 *M*.

Diplomaten sind Organe der Verwaltung zur Erledigung auswärtiger Angelegenheiten (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 101). Es werden vier Rangklassen unterschieden: Botschafter, Gesandte im engeren Sinne, Ministerresidenten und Geschäftsträger. Außerdem kann Konsulatsbeamten diplomatischer Charakter beigelegt werden (Annalen des Deutschen Reichs 1915 S. 631). Zentralbehörde ist das Auswärtige Amt, das dem Reichskanzler untersteht. Eine zweckentsprechende Verwaltung der auswärtigen Angelegenheiten ist die Voraussetzung für die gesamte Verwaltung des Reichs. Daher darf auch die Tätigkeit der Diplomaten nicht unterschätzt werden. Die Literatur über die Organisation und Tätigkeit der auswärtigen Verwaltung ist nicht sehr reichhaltig, der neueste Stand der Gesetzgebung und Literatur ist berücksichtigt bei Laband, Deutsches Staatsrecht, 5. Auflage, 1914 Bd. 3 S. 1, Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht, 4. Auflage, II. 1914 S. 496 und Zorn, Artikel Gesandte, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Bd. 2 S. 206. Diese Ausführungen werden, namentlich nach der geschichtlichen und politischen Seite hin ergänzt durch das vorliegende Buch. Unseren Beamten im auswärtigen Dienste kann es zum Studium empfohlen werden, aber auch allen denen, die sich ein falsches Bild von der Diplomatie machen und sich gewöhnt haben, absprechend über sie zu urteilen. Die Schwierigkeiten, mit denen die Verwaltung im Auslande zu rechnen hat, werden in das richtige Licht gerückt. Denn es ist etwas anderes, ob ein Beamter im Inlande, etwa ein Landrat, einen preußischen Kreis verwaltet, oder ein Konsul in seinem Amtsbezirke Verwaltungsakte vornimmt, die von der fremden Regierung nur geduldet werden (vgl. Meyer-Dochow a. a. O. S. 508). Noch größer sind die Schwierigkeiten, die von den Diplomaten zu überwinden sind. Grey, Delcassé, die Kaiserin-Witwe Maria-Feodora und König Eduard werden von Mackay so treffend geschildert, daß diese Ausführungen wohl zu einer maßvolleren Beurteilung der Tätigkeit unserer Diplomaten beitragen können. Wir werden aus der Tätigkeit der feindlichen Diplomaten vor und während

Digitized by Google

des Weltkriegs lernen und wissen, was wir von ihnen auch in Zukunft zu erwarten haben, ohne zu wünschen, daß die unsrigen mit gleichen Mitteln arbeiten. Sie waren zu anständig dazu und werden es bleiben müssen, wenn sie die Achtung des deutschen Volkes genießen wollen. Das schließt aber nicht aus, daß eine Reform der Vorbildung (Annalen des Deutschen Reichs 1915 S. 654) ins Auge gefaßt wird, und daß die Auswahl der Anwärter für den auswärtigen Dienst (Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 20 S. 906) nicht auf die bisher in Frage gekommenen Personen beschränkt bleibt. Was Mackay hierzu zu sagen hat, verdient Beachtung, seinem Vorschlage, die Sachverständigen bei den Konsulaten nicht dem Handel und der Industrie zu überlassen, sondern sie im Reichsdienst ihren Erfahrungen entsprechend anzustellen und auch Wahlkonsuln Berufskonsulate zu übertragen, stimme ich bei (so schon in den Annalen 1914 S. 637). Besonderer Beachtung seien die Ausführungen über die Verhältnisse in Konstantinopel, Peking und Petersburg empfohlen. Die geschichtlichen Teile des Buches sind mit umfassender Kenntnis auch der älteren Literatur geschrieben.

Heidelberg. Franz Dochow.

---

12. Professor Dr. Fritz Stier-Somlo, Sammlung in der Praxis oft angewandter Verwaltungsgesetze und Verwaltungsverordnungen für Preußen. Unter Berücksichtigung aller bisherigen Änderungen nach dem nunmehr gültigen Texte zusammengestellt und herausgegeben. Nachtrag. Berlin, München, Leipzig. 1914. J. Schweitzer's Verlag (Arthur Sellier). 454 S. Preis geb. 3 *M*.

Verwaltungsgesetze (im Sinne Otto Mayers, Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Auflage, 1914 Bd. 1 S. 83; Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht, 4. Auflage, 1913 S. 68) sind Gesetze, die sich auf das Verhältnis zwischen der öffentlichen Gewalt und den Untertanen beziehen und Rechtssätze dafür enthalten. Es war vorauszusehen, daß die im Jahre 1912 erschienene Sammlung von Verwaltungsgesetzen in Preußen schnell veralten würde und bald eine Ergänzung erfahren müßte, wenn sie nicht an Wert verlieren sollte. Dem beugt der Nachtrag vor, der ein systematisches und ein chronologisches Inhaltsverzeichnis enthält und mit einem sorgfältigen alphabetischen Sachregister schließt. Das Werk will eine Sammlung wichtiger deutscher Reichs- und preußischer Landesgesetze sein; der Nachtrag bildet die Ergänzung und gibt gleichzeitig einen Überblick über die Rechtsentwicklung im Reiche und in Preußen in den letzten Jahren. Im Nachtrage sind u. a. enthalten: das neue Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz, neue Finanzgesetze (Wehrbeitragsgesetz, Besitzsteuergesetz), das Besitzbefestigungsgesetz, das preußische Wassergesetz, neue soziale Versicherungsgesetze, die Verfassung für Elsaß-Lothringen und das Reichskontrollgesetz. Neu ist die Gruppe 28: Kolonial- und Konsularrecht (Schutzgebietsgesetz, Konsulargesetz und Konsulargerichtsbarkeitsgesetz).

Ein weiterer Nachtrag wird wohl nicht lange auf sich warten lassen.

Heidelberg. Franz Dochow.

Digitized by Google

13. Dr. Edgar Loening, ordentlicher Professor der Rechte an der Universität Halle-Wittenberg, Mitglied des Herrenhauses, Das Wegerecht in dem Herzogtume Gotha und die Zusicherung in betreff der öffentlichen Wege nach dem Gesetze vom 19. Juli 1905. Rechtsgutachten. Als Handschrift gedruckt. Halle a. d. S. Buchdruckerei des Waisenhauses 1915. 58 S.

Der durch das Gesetz vom 19. Juli 1905 Art. 1 zum Gesetz erhobene Vertrag zwischen dem Herzoge von Sachsen-Koburg und Gotha und dem Herzogtume Gotha über die Domänenteilung enthält als Nebenabrede eine Zusicherung, wonach die öffentlichen Wege innerhalb des Domänengüts nur ausnahmsweise und nicht ohne gleichzeitigen Ersatz eingezogen werden dürfen. Es ist streitig geworden, ob die Zusicherung sich nur auf öffentliche Wege im Sinne des Gemeinen Rechtes und des Verwaltungsrechts oder auch auf solche Privatwege bezieht, deren Benutzung seit längerer Zeit uneingeschränkt geübt und von dem Eigentümer geduldet worden ist; die Entscheidung der Meinungsverschiedenheit soll durch einen Schiedsspruch des Oberlandesgerichts Jena erfolgen. Für das nach den Zeitungen inzwischen beendete schiedsrichterliche Verfahren ist das Rechtsguthaben erstattet worden.

Das Gutachten liegt, soweit es besondere gothaische Rechtsverhältnisse behandelt, außerhalb des Rahmens des Verwaltungsarchivs und kann deshalb in dem letzteren nicht besprochen werden. Es ist jedoch auf breiter allgemeiner Grundlage aufgebaut. Damit deren sehr wertvolle Ausführungen nicht, wie es sonst bei dem Drucke nur als Handschrift leicht geschehen kann, verloren gehen, sei hiermit wenigstens auf diese Ausführungen aufmerksam gemacht. Es sind, ohne vollständig erschöpfend zu sein, die folgenden. S. 1—6 ist der Begriff der öffentlichen Wege nach dem Gemeinen Rechte in einer Weise erörtert, die für das in Preußen geltende Wegerecht ebenfalls von Wichtigkeit ist. Auf das letztere wird mehrfach auch noch unmittelbar eingegangen, z. B. S. 9 und 10, 12—14, S. 14 mit Hinweis auf die gegen die sog. Widmungstheorie in ihrer weiten Ausdehnung erhobenen Bedenken. S. 16 und 17 wird von der Bedeutung der unvordenklichen Verjährung für die öffentlichrechtlichen Verhältnisse an Wegen gesprochen. Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten kennt allerdings die unvordenkliche Verjährung nicht. An ihre Stelle ist indessen die fünfzigjährige Präskription gesetzt worden, und diese hat mit für das Gebiet des öffentlichen Rechtes Geltung gehabt und noch nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche behalten. Es entsteht daher die Frage, ob sich etwa im ehemaligen Gebiete des Allgemeinen Landrechts bei den alten Wegen statt der Widmungstheorie die fünfzigjährige Verjährung verwerten läßt. Ihre Beantwortung dürfte davon abhängen, ob die fünfzigjährige Verjährung, durch die an sich nur subjektive Rechte erworben oder geschützt werden sollen, nicht bloß ein solches Recht, sondern auch eine hiervon wohl zu unterscheidende rechtliche Eigenschaft einer Sache, nämlich die Öffentlichkeit einer Fläche (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 169, 170), begründen oder wenigstens dartun kann. S. 39—43 wird die in den letzten Jahren mehrfach besprochene und entschiedene Frage erörtert, ob und inwieweit es zulässig ist, in einem gerichtlichen Verfahren zur Auslegung eines Rechtssatzes Personen, die als Vertreter der Staatsregierung oder als Mitglieder der Volksvertretung an der Schaffung des Rechtssatzes mitgewirkt

Digitized by Google

haben, zu vernehmen und deren Aussagen zur Feststellung des Inhalts des Rechtssatzes zu verwerten.

Es sei schließlich noch mitgeteilt, daß das Gutachten zu dem wohl begründeten Ergebnisse gelangt ist, die Zusicherung beziehe sich nur auf öffentliche Wege im Sinne des Gemeinen Rechtes und des Verwaltungsrechts, nicht aber auf Privatwege, deren Benutzung damals, d. i. 1905, wenn auch seit längerer Zeit, dem Publikum von dem Eigentümer gestattet war.

Dr. Schultzenstein.

---

14. Dr. Josef Kohler, Geheimer Justizrat, ord. Professor an der Universität Berlin, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. Dritter Band erster Teil: Familienrecht. Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1915. XI u. 526 S. Preis 12 *M*, geb. 14 *M*.

Der erste Band: Allgemeiner Teil und der erste Teil des zweiten, dem Vermögensrechte gewidmeten Bandes: Schuldrecht sind in Bd. 12 S. 622 ff. und Bd. 14 S. 414 f. des Verwaltungsarchivs besprochen worden. Die Hoffnung, die a. a. O. S. 415 im Jahre 1906 ausgesprochen worden war, daß das hochbedeutende Werk in nicht zu langer Zeit fertiggestellt sein werde, wird durch den jetzt vorliegenden, dem Andenken des Herrn Dr. Otto Loewenstein zur Hundertjahrfeier von Carl Heymanns Verlag gewidmeten Halbband insofern erst teilweise erfüllt, als sein Erscheinen so spät erfolgt ist, und als das Sachenrecht, welches den zweiten Teil des zweiten Bandes, und das Erbrecht, welches den zweiten Teil des dritten Bandes füllen sollen, noch immer fehlen. Vom Sachenrechte wird mitgeteilt, daß es in Vorbereitung sei, vom Erbrechte, daß es baldtunlichst folgen werde.

Bei dem neuen Teile des Werkes macht sich Kohler's geradezu erstaunliche Vielseitigkeit des Wissens und Könnens innerhalb des gesamten Gebiets des Rechtes wie außerhalb desselben zum Vorteile der Sache ganz besonders bemerkbar. Enthält doch gerade das Familienrecht so viel allgemein Menschliches und rechtlich auch bei zahlreichen Völkern übereinstimmend oder doch gleichartig Geordnetes. Diese Vielseitigkeit und das dadurch begründete Gefühl der Überlegenheit über andere sowie das Bewußtsein einer seltenen, kaum jemals anderswo vorhandenen Beherrschung des Stoffes, haben allerdings auf der einen Seite mitunter manches harte, wohl auch zu harte Urteil über das bestehende Gesetz und über in der Lehre vom Gesetz und bei dessen Anwendung ausgesprochene abweichende Ansichten veranlaßt, vgl. z. B. gleich S. 1, daß eine gewisse Behauptung von einer solchen mangelnden philosophischen Anschauung zeuge, daß darauf nicht näher einzugehen sei, S. 44 Anm. 1, daß, wer auf diese Weise argumentiere, zeige, daß er der richtigen Gesetzesauslegung völlig ferne stehe, S. 110 Anm. 1: bodenlos pedantische Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und S. 234 Anm. 1 für den betreffenden Fall und gegenüber dem beteiligten Rechtslehrer: recht verkehrte Ausführungen. Auf der anderen Seite aber, und das ist natürlich allein das Wesentliche, konnte nur, wer eine solche Vielseitigkeit in dem Maße und mit allen ihren Folgen, dem Blicke für das Allgemeine und Wichtige, dem Verständnisse für die Bedürfnisse des wirklichen Lebens, der Verwertung von geschichtlicher Entwicklung, der Fähigkeit zur Rechtsvergleichung usw., besitzt, wie Kohler, von einem so hohen Standpunkt aus nicht nur zum geltenden

Digitized by Google

Rechte, sondern auch für dessen Besserung Stellung nehmen. Es sei insoweit nur beliebig herausgegriffen, was S. 47 ff. über das Wesen der Ehe, S. 80, 81 über die Zivilehe, S. 115, 116 über die Frage der Hygiene bei der Ehe, S. 134 ff., 153 ff. über die Ehescheidung, S. 484, 485 über die Einführung einer Berufsvormundschaft als bezahltes Gemeindeamt und S. 494 über die Umgestaltung des Gemeindewaisenrats gesagt worden ist. Auch hierbei ist den Ausführungen zwar immer eine Anregung zu entnehmen, jedoch nicht stets zuzustimmen. Aber meist wird doch auch das letztere geschehen können. Oft wird mit einigen wenigen Worten an die Stelle des bisher ausgesprochenen Unrichtigen das Richtige gesagt. Wertvolle geschichtliche und rechtsvergleichende Bemerkungen finden sich nicht bloß z. B. S. 31—33 sowie S. 308—309, sondern beständig. Wie das ganze Lehrbuch ja überhaupt kein Lernbuch für Anfänger sein soll und ist, sondern bereits eine gewisse Kenntnis und vor allem ein gereifteres Urteil voraussetzt, so tut dies der Halbband über das Familienrecht wegen seines Gegenstandes vielleicht noch in erhöhtem Grade. Das gibt der Beschäftigung mit ihm und dem Lesen in ihm einen eigenen Reiz, der für jeden besteht, nicht nur für den sog. Ziviljuristen, sondern auch für den Verwaltungsbeamten, namentlich den Verwaltungsrichter. Für diesen bietet er aber auch noch viel unmittelbar Brauchbares. Allerdings weniger, als es der Allgemeine Teil und das Schuldrecht getan haben, immerhin aber doch noch genug. So spielt allgemein das eheliche Güterrecht im Steuer- und Abgabenrechte keine geringe Rolle. Von Einzelheiten aber seien z. B. nur genannt die Vertretung des Grundsatzes, jedes Staatsorgan werde durch seine anerkannte öffentliche Wirksamkeit legalisiert; man müsse sich auf den Spruch des Staates verlassen können (S. 85), und die Ausführungen S. 197 und 221, 222 über die Haftung des Ehemanns für die der Frau obliegenden öffentlichen Lasten nach §§ 1385 Nr. 1 und 1388 BGB.

Gelegentlich spricht einmal Kohler aus: „Weg mit der alten Pandektentechnik, wenn uns die Aufgaben der Jugendfürsorge locken!" (S. 471). Das ist weiter auszudehnen dahin: Weg mit dem römischen und deutschen und dem sonstigen alten Rechte, wenn es uns hindert oder erschwert, den Aufgaben der Neuzeit gerecht zu werden. Und das gilt vor allem für die Anwendung des Rechtes, auch die des neueren, soweit sie der Verwaltung obliegt.

S. 205 Anm. 3 wird auf die Behandlung einer Reihe prozessualer Fragen demnächst in einem Lehrbuche des Zivilprozesses verwiesen. Möge uns Kohler mit diesem Lehrbuche, vor allem aber mit der Fertigstellung des Lehrbuchs des bürgerlichen Rechtes nicht zu sehr warten lassen.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

Dr. Friedrich Düsel, Verdeutschungen. Wörterbuch fürs tägliche Leben. George Westermann. Braunschweig/Berlin/Hamburg. 1915. 176 S. Preis 1,50 *M*.

Ebenso sehr, vielleicht sogar noch mehr als anderweit, sollte in der Verwaltung ein gutes Deutsch geschrieben werden. Dazu gehört vor allem die Vermeidung unnützer Fremdwörter, wie sie teils durch schlechte Gewohnheit, teils durch Bequemlichkeit veranlaßt wird. Manches Fremdwort wird deshalb weiter gebraucht, weil nicht sofort ein gutes deutsches Ersatzwort einfällt und man nicht Zeit hat oder doch glaubt, keine Zeit zu haben, nach einem solchen zu suchen. Hier nun hilft das angezeigte Büchlein vortrefflich aus. In fast lückenlosem Umfang und in sachlich trefflicher Weise bietet es die erforderlichen Ersatzworte zur Auswahl, vielfach sogar für ein klareres Denken; nicht selten liegt ja ein Mangel an diesem dem Fremdworte zugrunde. Selbst für einen Sammelbegriff wie „Interesse" ist leicht der passende Ersatz zu finden. Das Buch sei deshalb hiermit warm empfohlen und möge reichlich benutzt werden. Seine ansprechende äußere Ausstattung und der billige Preis befördern dies.

Dr. A. Dehlinger, Mitglied des K. Württ. Steuerkollegiums, Inhaltsverzeichnis zum Bundes- und Reichs-Gesetzblatte von 1867 bis 1915, zugleich Übersicht über das geltende Reichsrecht nach dem Stande vom 15. August 1915. Sach- und fachgemäße Zusammenstellung der geltenden, im Bundes- und Reichs-Gesetzblatte veröffentlichten Gesetze, Verordnungen, Staatsverträge u. a. Mit einem Anhang über die Kriegs-Notgesetze und Notverordnungen und mit einem alphabetischen Sachverzeichnisse. Berlin, Stuttgart, Leipzig. Verlag von W. Kohlhammer. 1915. 66 S. 1 *M*.

Was das Buch enthält, ergibt der Titel. Nicht mehr geltende Gesetze usw. und solche, die nur vorübergehende Bedeutung hatten oder sonst gegenstandslos geworden sind, sind nicht aufgenommen. Sein Zweck ist natürlich der, über die Fülle der Gesetze usw. im Bundes- und Reichs-Gesetzblatte allen den Vielen Auskunft zu geben, die einer solchen bedürfen, und außerdem der, zugleich eine gedrängte Übersicht über den Umfang und den Stand der Reichsgesetzgebung auf allen Gebieten der Wissenschaft, über die internationalen Verträge u. a. zu bieten. Diese Zwecke werden auch durch eine Hauptübersicht und die darin in bezug genommene systematische Zusammenstellung sowie ein alphabetisches Sachverzeichnis im wesentlichen erreicht. Erwünscht wäre es gewesen, wenn die Abschnitte der Zusammenstellung und vor allem

Digitized by Google

die Stichworte des Sachverzeichnisses vermehrt worden wären. So ist das gerichtliche Verfahren nur unter Zivilprozeßrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Strafprozeßrecht aufgeführt, das reichsrechtliche Verwaltungsstreitverfahren, obwohl es einen bedeutenden Umfang hat, fehlt dagegen ganz. Freilich würde bei einer noch weiter gehenden Einzelaufführung der niedrige Preis von 1 *M* nicht mehr einzuhalten gewesen sein.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen.

A. Zivil-, Handels- und Prozeßrecht. Herausgegeben von Dr. Otto Warneyer, Oberlandesgerichtsrat in Dresden. 14. Jahrgang, enthaltend Schrifttum und Rechtsprechung vom Herbst 1914 bis Herbst 1915 zu BGB., HGB., WO., ZPO., KO., GVG., FGG., ZVG., GBO. und 105 anderen Reichsgesetzen sowie zu 122 Landesgesetzen. Leipzig 1916. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. XXIII u. 491 S. Preis geb. 11 *M*.

B. Strafrecht und Strafprozeß. Bearbeitet von Georg Rosenmüller, Landgerichtsdirektor in Plauen i. V. 10. Jahrgang, enthaltend die Literatur und Rechtsprechung des Jahres 1915 zu StGB., StPO., GewO., MStGB., MStGO. sowie 58 anderen Reichs- und 52 Landesgesetzen. Nebst einem Anhang: Kriegsrecht. Leipzig 1916. Roßbergsche Verlagsbuchhandlung, Arthur Roßberg. XIX u. 186 S. Preis geb. 7 *M*.

In der letzten Anzeige (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 383) war dem Wunsche Ausdruck gegeben worden, daß die Zusammenstellung der anläßlich des Krieges, insbesondere zu den Kriegsgesetzen und Bundesratsverordnungen, veröffentlichten Literatur und Rechtsprechung im nächsten Jahrgange bloß noch in ganz geringem Umfange wiederholt zu werden brauche. Es ist anders gekommen. In dem Jahrbuch A. ist diesmal deshalb alles, was von Kriegsentscheidungen und Kriegsschrifttum bleibenden Wert hat, in das Friedensrecht eingearbeitet worden. Das stellt sich als eine recht mühsame, aber höchst dankenswerte Arbeit dar; denn hierdurch wird zugleich eine für die Fortentwicklung des Rechtes in der künftigen Friedenszeit verwertbare Unterlage hergestellt. In dem Jahrbuche B. sind die wesentlichsten Kriegsentscheidungen und die kriegsrechtliche Literatur in dem auf dem Titelblatte bezeichneten Anhange zusammengestellt. Im übrigen sind beide Jahrbücher in Anlage und Ausführung unverändert geblieben. Jedoch sind in dem ersteren wieder wie sonst mit Ausnahme des vorigen Jahrganges bei den in der amtlichen Sammlung abgedruckten Entscheidungen des Reichsgerichts gleichzeitig noch die anderen Zeitschriften angeführt worden, in denen sie ausführlich veröffentlicht sind. In dem Jahrbuche B. ist wie in den früheren Bänden so auch in dem vorliegenden bei Entscheidungen, zu derem Inhalte schon solche ergangen sind, auf das Inhaltsverzeichnis zu Bd. 1—6 bezw. auf die Jahrgänge 7—9 durch den Buchstaben K verwiesen worden; ferner sind wiederum zahlreiche, bisher noch nicht ausführlich abgedruckte Urteile des Reichsgerichts im Originalwortlaute wiedergegeben.

Digitized by Google

Kriegsgewinnsteuer. Gesetze zur Besteuerung der Kriegsgewinne nebst amtlicher Begründung und Auszug aus den Verhandlungen der Reichstagskommission. Berlin 1916. J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. 40 S. Preis 0,60 M.

Es handelt sich um die beiden Gesetze vom 24. Dezember 1915, welche für die davon Betroffenen große Wichtigkeit haben und für die nicht Betroffenen insofern von Bedeutung sind, als sie eine berechtigte Befriedigung über die ihnen dadurch verschaffte Entlastung gewähren. Das zu der bekannten Guttentagschen Sammlung von Textausgaben ohne Anmerkungen mit Sachregister gehörende Schriftchen wird daher weiten Kreisen sehr willkommen sein. Äußerlich empfiehlt es sich durch die der Verlagshandlung eigene ansprechende Ausstattung sowie durch seinen billigen Preis. Die späteren einschlagenden Gesetze sollen als Ergänzung seinerzeit veröffentlicht werden unter Beifügung eines Sachregisters am Schlusse.

Dr. Schultzenstein.

Berliner Gemeinderecht. Herausgegeben vom Magistrate. 2. ergänzte Auflage. Berlin. 1914. 1915. J. Springer.

Dieses Werk ist, was nach dem Titel nicht ohne weiteres zu unterstellen ist, eine weitschichtige Quellensammlung aller in Berlin geltende. Bestimmungen über die Gebiete der Kommunalverwaltung. Sie umfaßt Spezialgesetze, Verordnungen und Sonderrechte nebst den staatlichen Ausführungsbestimmungen, sowie allgemeine Erlasse der Aufsichtsbehörden und Polizeiverordnungen, ferner die Ortsstatute, Gemeindebeschlüsse, die durch solche festgestellte Instruktionen, Regulative, Statuten, Magistratsbeschlüsse, Instruktionen und Beschlüsse der einzelnen Verwaltungsdeputationen und Tarife, endlich Verträge und wichtige gerichtliche Entscheidungen. Zuweilen werden kurze einleitende Übersichten vorausgeschickt, über einzelne Zweige kommunaler Tätigkeit wohl auch nur in Berichtsform Auskunft gegeben. Für den Geschäftsbetrieb der Kommunalbehörden ist das Werk unzweifelhaft ein unersetzliches Hilfsmittel; daneben hat es eine große Bedeutung für andere Kommunen als eine Mustersammlung städtischer Organisationen. Für das Publikum ist sein Wert allerdings wesentlich geringer anzuschlagen, da es dem Laien schwer wird, sich in dem weitschichtigen Material zurechtzufinden; manches für den Laien gerade Wichtige auch in den Quellen keinen Niederschlag gefunden hat. Für diesen Zweck wären eine rein systematische Darstellung oder wenigstens vorangeschickte eingehende systematische Einleitungen vorzuziehen gewesen. Man hat deshalb auch den früher geplanten Titel Berliner Bürgerbuch mit Recht fallen lassen. Das, was man sich unter diesem Titel vorstellt, ist gerade seit langer Zeit ein Bedürfnis. — Außer den früher angezeigten Bänden 2, 3, 10 sind in den beiden letzten Jahren die Bände 4, 8, 12, 13, 18 und 19 ausgegeben worden, welche die Schulverwaltung (2 Abteilung: höhere Lehranstalten nebst Kunstpflege, Museum, Bibliotheken und Publikationen), Tiefbauverwaltung, Gewerbeangelegenheiten, Armenverwaltung und Polizeiverwaltung nebst Feuerlöschwesen, Gewerbe- und Kaufmannsgericht, Stadtausschuß, Schiedsmänner und Standesämter und das Militärwesen umfassen.

v. Keil.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

VI.

Die Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlich-rechtlichen Eigentums in besonderer Beziehung auf Stücke aus Archiven des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften in Preußen.

Eine Studie aus dem Grenzgebiete zwischen bürgerlichem, Verwaltungs- und Prozeßrechte — zugleich eine Kriegserinnerung.

Vom Herrn Reichsgerichtsrat a. D. Dr. Peters in Leipzig.

I.

Zu einer Erörterung dieser Materie gibt folgender Rechtsfall Veranlassung: Der Kläger, ein Rittergutsbesitzer in Westfalen, überließ 1908 dem Kgl. Staatsarchiv in Düsseldorf auf dessen Wunsch eine große Anzahl (170) sog. Registerbände, die sich in der Bücherei seines Schlosses B. befanden, zur wissenschaftlichen Verwertung und einstweiligen Verwahrung. Er forderte 1909 die Rückgabe, die ihm jedoch verweigert wurde. Er erhob deshalb Klage gegen den preußischen Fiskus. Der Beklagte machte dagegen die Einrede des Eigentums geltend. Die Urkunden bildeten nämlich früher einen Bestandteil des Archivs des Herzogtums Cleve und der Grafschaft Mark. Ihr größter Teil enthielt in Abschriften,

Digitized by Google

die von der Kanzlei des jeweiligen Herrschers herrührten, dessen Erlasse, Verfügungen und die von ihm unterzeichneten Urkunden. Sie waren als „Registrum comitis Johannis“, „Registrum causarum Clivensium“ usw. bezeichnet und erstreckten sich über die Jahre 1356 bis 1803. Außerdem gehörten dazu eine Anzahl aus dem 15. und 16. Jahrhunderte stammender Bände, die wörtliche Abschriften solcher Registerbände enthielten, ferner mehrere Kopiare, welche die ihrer Zeit in dem landesherrlichen Archive vorhandenen sowie die auf dem neuen Turme in Cleve aufbewahrten Urkunden nachwiesen. Diese Hefte und Bände sandte 1809 der damalige Unterpräfekt in Hamm aus dem dortigen Staatsarchiv an den Urgroßvater des Klägers, der damals Präfekt des Ruhrdepartements war und nach Wiederherstellung der preußischen Herrschaft Landesdirektor der Provinz Westfalen wurde. Dieser ließ sie in seine Bücherei im Schlosse B. bringen, und dort fand sie entweder 1906 oder 1908 der Oberlehrer K. auf.

Der beklagte Fiskus behauptete nun, die Urkunden und die Registerbücher seien als Staatsurkunden der preußischen Verwaltung von Cleve-Mark Staatseigentum gewesen, nach der Einverleibung dieser Landesteile in das 1806 von Napoleon errichtete Großherzogtum Berg in dessen Eigentum übergegangen und schließlich nach Wiederherstellung der preußischen Herrschaft wieder Eigentum des preußischen Staates geworden. Der Kläger bestritt diese rechtlichen Folgerungen und erhob eintretendenfalls die Replik der Ersitzung. Sein Urgroßvater habe die Urkunden nicht in amtlicher Eigenschaft erhalten, auch hätten diese jetzt keine andere als archivalische Bedeutung. Demgegenüber machte der Beklagte außer anderen Rechtsbehelfen den Mangel der Ersitzbarkeit der Urkunden geltend, da sie als Staatsurkunden, die für die Begründung von Rechten des Staates auf den verschiedensten Gebieten, namentlich auf dem der Hoheitsrechte, fortdauernd von großer Wichtigkeit blieben, dem bürgerlichen Rechtsverkehr entzogen seien.

Landgericht und Oberlandesgericht verurteilten den Beklagten nach dem Klageantrag und wiesen dessen Klage auf Feststellung seines Eigentums an den Urkundensammlungen ab. Das Oberlandesgericht sah die Eigentumsübergänge an diesen so, wie sie der Beklagte behauptet hatte, als erwiesen an, zugleich aber auch, daß demnächst der Kläger und schon seine beiden letzten Vorgänger im Eigentume des Schlosses B., sein Großvater und sein Vater, nach den hier

Digitized by Google

anzuwendenden Bestimmungen des Preußischen Allgemeinen Landrechts an den Urkunden Eigentum durch die außerordentliche Ersitzung von 44 Jahren (ALR. I 9 §§ 629—631) erworben hätten. Das Reichsgericht (III. Zivilsenat) hob dagegen durch Urteil vom 24. April 1914 (III. 11./14) das Berufungsurteil auf, wies die Klage ab und sprach die vom Beklagten beantragte Feststellung aus. Die Aufhebung erfolgte wegen Verletzung der §§ 512 und 590 I 9 ALR., wonach „keine Art der Verjährung", insbesondere auch keine Ersitzung, gegen den anfangen kann, der „von seinem Rechte nicht hat unterrichtet sein können", sowie wegen Verletzung des § 15 I 7 ALR., der den sog. fahrlässig unrechtmäßigen Besitzer einem unredlichen Besitzer gleichstellt. In der ersten Beziehung wurde angenommen, daß für die Anwendung des § 512 gerade der Anfang der Verjährung, den das Berufungsgericht in das Jahr 1863 verlegt hatte, in Betracht komme, daß aber für diese Zeit das Berufungsgericht selbst die Frage verneint habe, ob die preußische Verwaltung imstande gewesen wäre, zu ermitteln, daß sich die Urkunden im Schlosse B. befänden, was ihr ermöglicht hätte, die Eigentumsrechte des Beklagten zu verfolgen. In bezug auf die Frage der Anwendung des § 15 I 7 ALR. aber wurde dargelegt, daß eine schon äußerlich so auffallende Sammlung den drei letzten Besitzern des Schlosses, auch wenn sie, wie der Kläger behauptet hatte, für Bücherei und Archiv kein Interesse gehabt haben sollten, nicht hätte entgehen können, und daß sie, wenn sie auch nicht an einen unredlichen Erwerb durch ihren Rechtsvorgänger hätten zu glauben brauchen, doch mit der sehr naheliegenden Möglichkeit hätten rechnen müssen, daß die Bücher infolge außergewöhnlicher Umstände gerade nach B., und zwar nur zur vorübergehenden Aufbewahrung, gekommen seien.

Da schon hiernach die Aufhebung des Berufungsurteils und die abändernde Entscheidung in der Sache selbst geboten war, brauchte das Revisionsgericht auf den Angriff der Revision nicht einzugehen, das Berufungsgericht habe vor allem zu Unrecht angenommen, daß die Urkundenbände der Ersitzung überhaupt unterworfen gewesen seien, und er ist deshalb in dem Urteil auch nicht erörtert worden. Da jedoch die Frage der Ersitzbarkeit solcher Archivalien immerhin ein erhebliches allgemeines Interesse bietet, soll sie im Folgenden näher, insbesondere für das preußische Recht, behandelt werden.

Digitized by Google

II.

Das gegebene Recht hat zu dieser Materie in den verschiedenen Abschnitten seiner Entwickelung in sehr verschiedener Weise Stellung genommen. Dem Gedankenkreise des Polizeistaats entsprach die Anschauung, daß dem Staate als „Fiskus" Eigentum an den öffentlichen Sachen zukomme, freilich als ein Eigentum besonderer Art, ausgezeichnet namentlich durch Unveräußerlichkeit und Unersitzbarkeit, aber doch immerhin als Eigentum nach bürgerlichem Rechte, daß jedoch zugleich der eigentliche Staat mit seiner Hoheitsgewalt über der Sache wache, um sie bei ihrer Bestimmung für das öffentliche Interesse zu erhalten. Er verpflichtet den „Fiskus", für die Instandhaltung Sorge zu tragen, dem Einzelnen den öffentlichen Gebrauch ordnungsmäßig zu gestatten, verbietet ihm die Veräußerung und den Untertanen die Ersitzung und sonstige Störung. Nur sollen andere juristische Personen des öffentlichen Rechtes an die Stelle des „Fiskus" treten können.

Mit dieser Auffassung hat die neuere Wissenschaft des Verwaltungsrechts mit Fug gebrochen. Richtig verstanden legten schon die Quellen des römischen Rechtes dem römischen Volke als solchem, also der Staatspersönlichkeit, das Eigentum an den res publicae bei, nur nicht Eigentum nach Zivilrecht, wie denn auch das römische Volk als solches nicht nach Zivilrecht lebte. Auch in dem ihm zukommenden Eigentum an den öffentlichen Sachen, im Gegensatze zu den lediglich zum sog. Finanzvermögen und dem gewöhnlichen Verwaltungsvermögen gehörigen Sachen, tritt von selbst die Staatshoheit in die Erscheinung. Damit war der Begriff des öffentlichen Eigentums im Sinne von öffentlichrechtlichem Eigentume gegeben, und so gilt auch für das heutige Recht der Satz, daß das Eigentum des Staates an den öffentlichen Sachen nicht einfaches Eigentum ist, wie es Privatpersonen haben. Seine Gestaltung und sein Inhalt wird vielmehr wesentlich durch die Staatshoheit bestimmt. Hierdurch wird es über die Stellung des bürgerlichrechtlichen Eigentums hinausgehoben und außerhalb des gewöhnlichen Vermögensverkehrs gestellt [1]).

[1]) Vgl. hierzu Dernburg in seinem Gutachten zum Baseler Schanzenstreite S. 17 und besonders Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. 2 § 35 S. 60 ff., insbesondere S. 63—71.

Digitized by Google

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es vermieden, Vorschriften über öffentliche Sachen oder Sachen, die dem Verkehr entzogen sind, aufzustellen. Die Begründung zum ersten Entwurfe (Bd. 3 S. 27) bemerkte in dieser Hinsicht: Die bisherigen Gesetze gingen sämtlich davon aus, daß, soweit nicht die Natur der Dinge entgegenstehe, die Fähigkeit der Sachen, Gegenstand von Rechten zu sein, die Regel bilde. Aus dem Entwurfe sei sie leicht zu erkennen, da darin jeder einem dinglichen Rechte gewidmete Abschnitt oder Titel mit einem Satze eingeleitet werde, der als den zulässigen Gegenstand des Rechtes eine Sache bezeichne. Eine allgemeine Vorschrift sei diesen Sätzen gegenüber um so mehr entbehrlich, als das Bürgerliche Gesetzbuch keine Veranlassung habe, Ausnahmen von der Regel zu bestimmen. Es wird wörtlich fortgefahren: „Die Ausnahmen, welche in Frage kommen, gehören sämtlich dem öffentlichen Rechte an." Es wird dann auf die einzelnen nach dem bisherigen Rechte außer Verkehr befindlichen Sachen, die res sacrae et religiosae und die res publicae, eingegangen und schließlich hinzugefügt: „Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, muß die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben. Für die Reichsgesetzgebung kann es aus Anlaß der gegenwärtigen Kodifikation nur darauf ankommen, die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu begrenzen. Diese Aufgabe ist aber nicht in dem Gesetzbuche selbst, sondern in dem Einführungsgesetze zu lösen." Freilich ist in diesem Gesetze die in Aussicht gestellte Bestimmung tatsächlich nicht getroffen worden.

Jedenfalls ist soviel hiernach unzweifelhaft, daß man auch bei Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs von der Ansicht ausging, die Ordnung der Rechtsverhältnisse der sog. öffentlichen Sachen falle in den Bereich des öffentlichen Rechtes. Die Entwickelung auf dem Gebiete der Gesetzgebung hat hiernach ungefähr Schritt gehalten mit dem Wachstume der wissenschaftlichen Erkenntnis der Stellung, welche die öffentlichen Sachen im Gesamtbau des Rechtes einnehmen.

Freilich will die Wissenschaft des deutschen Verwaltungsrechts beweglichen Sachen überhaupt nicht die Eigenschaft öffentlicher Sachen zuerkennen[2]). Wenn man sie so nenne, so halte diese Be-

[2]) Vgl. namentlich Otto Mayer a. a. O. § 35 S. 81.

Digitized by Google

hauptung doch niemals die Probe aus: sie würden in Wahrheit nicht nach öffentlichem Rechte, sondern nach dem gewöhnlichen bürgerlichen Rechte behandelt, vielleicht hier und da nach einem etwas veränderten bürgerlichen Rechte. Aus diesem Grunde hatte auch das Berufungsgericht in dem im Eingange dargestellten Rechtsstreite trotz der Anerkennung des ursprünglichen Eigentums des Staates an den in den Besitz des Urgroßvaters des Klägers gelangten Urkundensammlungen deren Ersitzbarkeit angenommen. Allein wenn man die von der Wissenschaft des Verwaltungsrechts aufgestellte Rechtsordnung des öffentlichen Eigentums, insbesondere die Voraussetzungen seiner Entstehung, prüft, so findet man nichts, was nicht auch auf bewegliche Sachen Anwendung litte. Die erste dieser Voraussetzungen ist, daß eine Sache vorliege, durch die das Rechtssubjekt, dem sie zugehört, öffentliche Verwaltung führt, einen bestimmten öffentlichen Zweck unmittelbar verwirklicht. Dazu ist die tatsächliche Verwendung für diesen Zweck und die dem entsprechende Widmung, der „Indienststellungswille", erforderlich. Die zweite Voraussetzung ist, daß sich die Sache im Eigentume des Subjekts der öffentlichen Verwaltung befinde[3]). Warum aber diese Erfordernisse nicht auch bei beweglichen Sachen, namentlich bei Archiven der öffentlichrechtlichen Körperschaften, die uns hier vorzugsweise beschäftigen, sollen erfüllt werden können, ist nicht einzusehen. Im übrigen bedarf es eines weiteren Eingehens auf diese Fragen nicht, da jedenfalls nach preußischem Rechte, auf das es hier ankommt, auch den vorstehend dargelegten Anforderungen der Wissenschaft, wie nachher noch zu zeigen sein wird, gemäß den Bestimmungen des gegebenen Rechtes genügt wird. Dies erhellt aus Folgendem.

III.

Die hier maßgebenden Vorschriften gehören, wie schon angedeutet, ihrem Wesen nach dem öffentlichen Rechte an, und deshalb sind auf diesem Gebiete die Bestimmungen des Landesrechts, weil sie insoweit öffentlichrechtlicher Natur sind, auch nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehen geblieben. Dabei kann in keiner Weise maßgebend sein, an welcher Stelle des geschriebenen Rechtes sich die einschlägigen

[3]) Vgl. hierüber Otto Mayer a. a. O. § 36 S. 85—90.

Digitized by Google

Vorschriften finden, ob jene auch im allgemeinen dem öffentlichen Rechte, namentlich dem Staatsrecht im engeren Sinne, dem Verwaltungsrecht oder dem Prozeßrecht, oder ob sie im allgemeinen dem bürgerlichen Rechte gewidmet ist. Denn nicht die Stellung der Bestimmung im Aufbau des Gesetzes, sondern der Inhalt und die innere Natur der Vorschrift entscheidet über ihre Zugehörigkeit zu der einen oder andern Rechtsmaterie. Dabei kann selbst eine bestimmte Anschauung, von der die Väter des Gesetzes erweislich ausgegangen sind, nicht den Ausschlag geben, namentlich dann, wenn sich seit dem Erlasse des Gesetzes die Lehrmeinungen, der fortschreitenden Entwicklung der Wissenschaft entsprechend, gewandelt haben. Das muß um so mehr gelten, als nicht allzu selten die Erfahrung zu machen ist, daß das Gesetz, trotz der Unrichtigkeit der Meinung, von der seine Urheber ausgingen, in der Sache selbst gewissermaßen ahnend das Richtige getroffen hat. Daher kann es insbesondere bei der Anwendung des hier in Betracht kommenden preußischen Rechtes nicht von entscheidender Bedeutung sein, ob sich eine einschlägige Bestimmung in einem Gesetzgebungswerke vorfindet, das im allgemeinen materielles Recht, oder in einem solchen, das formales, also Prozeßrecht enthält. Ebensowenig kann maßgebend sein, ob die Vorschrift in einen Titel des ersten Teiles des Allgemeinen Landrechts, der nach dem von dem Gesetzbuche befolgten Plane bekanntlich das Recht der einzelnen Person behandelt, oder in einen Titel des zweiten Teiles aufgenommen ist, der dem Rechte „der erweiterten Persönlichkeit" und damit namentlich auch dem Staatsrechte gewidmet ist. Handelt es sich doch hier um ein an der Grenze zwischen bürgerlichem und öffentlichem Rechte liegendes Feld, bei dessen Betrachtung die Klärung der Rechtsanschauungen in besonders hohem Maße von den Fortschritten der Wissenschaft abhängig ist. Dies sind die Gesichtspunkte, von denen aus an die Betrachtung der folgenden Vorschriften zunächst des Allgemeinen Landrechts herangetreten werden muß.

Der § 581 I 9 ALR. lautet:

> Wenn eine Sache durch Gesetze dem bürgerlichen Verkehre ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben werden.

Die Vorschrift stellt an sich nur die Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf den Fall der erwerbenden Verjährung dar,

Digitized by Google

eines Grundsatzes, der in den §§ 3 und 4 I 8 ALR. dahin ausgesprochen wird:

> § 3. Sachen, von deren Benutzung, ihrer Natur nach, niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigentum einzelner Personen werden.
>
> § 4. Ein gleiches gilt von Sachen, welche durch die Gesetze des Staates vom gemeinen Verkehr ausgenommen sind.

Diese Bestimmungen sind zunächst insofern kennzeichnend, als darin mit voller Deutlichkeit ausgesprochen ist, daß jedenfalls nach preußischem Rechte nicht bloß die ihrer Natur nach der ausschließlichen Benutzung durch einen Einzelnen unzugänglichen Sachen, die sog. res omnium communes des römischen Rechtes, sondern auch die durch positive Gesetze dem „gemeinen Verkehr" entzogenen Sachen nicht im Eigentum einzelner Personen, d. h., wie der Ausdruck „gemeinen Verkehr" erkennen läßt, im Eigentume von Privatpersonen stehen können. Es ist also, und darin tritt die weitere Bedeutung der Bestimmungen hervor, an Gesetze gedacht, die gewisse Sachen nur dem gewöhnlichen Verkehr entziehen, an ihnen kein Eigentum einer Privatperson zulassen, ohne daß deshalb das Eigentum einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Staates, einer Gemeinde, einer Kirchengemeinschaft usw. daran ausgeschlossen sein sollte. Das wird denn auch durch den folgenden § 5 noch bestätigt.

> Daß eine Sache, die an sich ein Gegenstand des Eigentums sein kann, vom gemeinen Privatverkehr ausgenommen sei, wird nicht vermutet.

Denn die Worte „vom gemeinen Privatverkehre" weisen noch deutlicher als die Wendungen „dem bürgerlichen Verkehr" und „vom gemeinen Verkehr" auf den Gegensatze: Verkehr zwischen Körperschaften des öffentlichen Rechtes hin. Solchen juristischen Personen kann somit nach preußischem Rechte sehr wohl Eigentum an Sachen der im § 4 a. a. O. bezeichneten Art zustehen, ja das muß sogar, da diese Sachen nicht wohl herrenlos sein können, regelmäßig der Fall sein. Dieses Eigentum muß aber dann, weil der Grund für die Ausschließung der Privatpersonen von seinem Erwerbe im öffentlichen Rechte wurzelt, eben ein solches öffentlichrechtlicher Natur in dem oben erörterten Sinne sein, dessen Inhalt und Bedeutung wesentlich durch öffentlichrechtliche Gesichtspunkte bestimmt wird[4]).

[4]) Vgl. Otto Mayer an dem in Anm. 3 angeführten Orte.

Digitized by Google

IV.

Es fragt sich daher nur noch, ob in Preußen die Archive der Körperschaften des öffentlichen Rechtes und ihre Bestandteile wirklich „durch die Gesetze des Staates" im Sinne des § 581 I 9 ALR. „dem bürgerlichen Verkehre ganz entzogen", im Sinne des § 4 I 8 ALR. „vom gemeinen Verkehr ausgeschlossen sind". Schon die Zweckbestimmung solcher, insbesondere der staatlichen Archive, zuverlässige Ausweise über die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten des Staates oder anderer Körperschaften des öffentlichen Rechtes auf den verschiedensten Gebieten aufzunehmen, über wichtige Vorgänge im öffentlichen, insbesondere im Staatsleben sichere urkundliche Aufzeichnungen zu sammeln, über Einrichtung, Gliederung, Zuständigkeit und Tätigkeit staatlicher und anderer öffentlicher Behörden in den verschiedenen Zeitabschnitten Material in authentischen Urkunden festzuhalten, ist in dieser Hinsicht von Bedeutung. Denn damit bilden die Archive bestimmungsgemäß eine reiche Quelle, aus der nicht bloß die Behörden Stoff zur Bestimmung und Erläuterung sowie zur Verfolgung und Verteidigung gegenwärtiger Rechte des Staates oder einer sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes, sondern auch Geschichtsforscher zuverlässige Nachrichten über frühere Rechts-, Verfassungs- und Kulturzustände entnehmen können. So weist in der Tat schon der ausgesprochene Zweck der öffentlichen Archive darauf hin, daß diese und die darin enthaltenen einzelnen Sammlungen nur im Besitze der betreffenden Körperschaft des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Staates, der Gemeinde oder des sonstigen Kommunalverbandes, sein und bleiben dürfen, weil nur unter einer staatlich geordneten und beaufsichtigten Verwaltung, die insbesondere auch für eine sachgemäße Aufbewahrung der Archivalien an einem sicheren Orte Sorge trägt, die Erfüllung ihres Zweckes gewährleistet erscheint.

Selbstverständlich ist im übrigen unter diesen Umständen, daß die „Gesetze des Staates", die nach den angezogenen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts bestimmte Sachen dem bürgerlichen Verkehr entziehen müssen, wenn sie der erwerbenden Verjährung unzugänglich sein sollen, eine solche Entziehung nicht gerade ausdrücklich auszusprechen brauchen. Vielmehr genügen gesetzliche Bestimmungen, in denen der Ausschluß gewisser Sachen vom Privatverkehre nur ohne weiteres vorausgesetzt und

Digitized by Google

damit als bestehend anerkannt wird. Solche Vorschriften waren aber in der Tat im Gebiete des Allgemeinen Landrechts vorhanden; zunächst der § 124 I 10 AGO.:

> Die Erfordernisse einer öffentlichen gerichtlichen Urkunde werden unten im zweiten Teile bestimmt. Sind diese Erfordernisse beobachtet, so kommt es übrigens nicht darauf an, ob das Dokument in Form eines Protokolls abgefaßt oder auf den Grund des abgehaltenen Protokolls in eine förmliche Ausfertigung gebracht worden ist. Die Konzepte solcher Ausfertigungen, welche sich in den Archiven und Registraturen der Gerichte befinden, von welchen die Ausfertigung verfügt worden ist, wirken auch in Ermangelung des Originals, einen vollen Beweis, sobald an der Richtigkeit des Konzepts kein Zweifel ist und aus den Akten zugleich erhellt, daß dasselbe wirklich ausgefertigt worden ist. Bloße, auch nicht beglaubigte Abschriften gerichtlicher Urkunden, wenn sie unverdächtige Spuren des Alters an sich tragen oder gar in öffentlichen Archiven und Registraturen gefunden werden, begründen eine rechtliche Vermutung.

Hier ist den „in öffentlichen Archiven" enthaltenen bloßen Entwürfen späterer Ausfertigungen lediglich deshalb, weil sie sich in einem öffentlichen Archive befinden, in Ermangelung der Ausfertigung selbst und ferner sogar den nichtbeglaubigten Abschriften gerichtlicher Urkunden, die in solchen Archiven gefunden werden, eine ihnen nach den Regeln der damaligen gesetzlichen Beweislehre an sich nicht zukommende Beweiskraft beigelegt, jenen die Kraft, einen vollen Beweis zu erbringen, diesen die Kraft, „eine rechtliche Vermutung" zu erzeugen. Dies kann, wie namentlich die kennzeichnenden Worte „oder gar in öffentlichen Archiven und Registraturen gefunden werden", ergeben, nur deshalb geschehen sein, weil die Aufbewahrung der betreffenden Schriftstücke in einem öffentlichen Archiv, also unter den Bürgschaften, die dessen Verwaltung durch öffentliche Beamte, insbesondere durch Staatsbeamte, und an einem bestimmten, unter der Aufsicht einer öffentlichrechtlichen Körperschaft, insbesondere des Staates, stehenden Orte gewährt, die möglichste Sicherheit dafür bietet, daß die nicht vorliegende, aber erwiesenermaßen wirklich hergestellte Ausfertigung dem vorgefundenen Entwurfe — „Konzept" — entsprochen und daß die vorgefundene Abschrift einer gerichtlichen Urkunde deren Wortlaut trotz des Mangels der Beglaubigung richtig und vollständig wiedergegeben habe.

Digitized by Google

Noch bedeutsamer aber ist der § 158c a. a. O.:

> Wenn Privaturkunden in Archiven oder Registraturen der höheren und niederen Landeskollegien, der Magistrate oder Ämter gefunden werden, so wirkt diese Art ihrer Aufbewahrung die rechtliche Vermutung, daß sie wirklich von dem angegebenen Aussteller sind, und die Partei, welche das Gegenteil behaupten will, muß ihre Behauptung auf andere Art als durch den bloßen Diffessionseid nachweisen. Auch unterstützt ein solcher Ort der Aufbewahrung die Glaubwürdigkeit der aus den Archiven produzierten Privaturkunden dergestalt, daß daraus unter den § 158a bemerkten Umständen

— daß „der Aussteller als ein Mann von unbescholtenem Rufe gestorben", daß er „von der bezeugten Tatsache hinlängliche Wissenschaft hat besitzen können", und daß „seine Hand anerkannt oder sonst nachgewiesen" ist —

> selbst ein voller Beweis der darin angegebenen Tatsachen entnommen werden kann.

Denn diese Bestimmung legt dem Umstande, daß eine Privaturkunde in einem öffentlichen Archive gefunden worden ist, nicht bloß die Kraft bei, den Beweisführer von der Verpflichtung zu befreien, nötigenfalls den Beweis ihrer Echtheit zu führen, und belastet statt dessen den Gegner mit der Erbringung des Gegenbeweises, sondern sie stellt unter den von ihr bezeichneten Voraussetzungen sogar eine besondere gesetzliche Regel über die Glaubwürdigkeit der in der Urkunde bezeugten Vorgänge auf: es soll daraus der volle Beweis dieser Tatsachen, nicht bloß, wie im Falle des § 158a, ein durch einen sog. notwendigen Eid zu ergänzender unvollständiger Beweis entnommen werden können.

Übrigens war diese eigenartige Regelung der Beweiskraft der in öffentlichen Archiven aufbewahrten Urkunden keine freie Erfindung der großen preußischen Gesetzgebung aus dem Ende des 18. Jahrhunderts. Vielmehr gab sie im allgemeinen nur die Sätze wieder, die in dieser Hinsicht in der Wissenschaft des gemeinen deutschen Zivilprozesses die herrschende Meinung, gestützt namentlich auf nov. 49 cap. 2 § 2, entwickelt hatte[5]). Diese Sätze gingen, kurz zusammen-

[5]) Vgl. Koch, Erl. zur AGO. T. I, 6. Aufl., Anm. 47b, 48 zu § 124 I 10 und Anm. 103 zu § 158c; Wetzell, System des ordentlichen Zivilprozesses, 3. Aufl., S. 236; Renaud, Lehrbuch des gemeinen deutschen Zivilprozeßrechs § 115 a. E. S. 321; Bornhak in v. Stengel-Fleischmann, Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 2. Aufl., unter „Archive", Bd. 1 S. 186. Vgl. ferner nov. 15 pr. und cap. 5 § 2.

Digitized by Google

gefaßt, dahin: Jede Urkunde aus einem öffentlichen Archive hatte die Vermutung der Echtheit für sich; jede galt bis zum Beweise des Gegenteils als Original und war bis zum Beweise, daß sie nicht absichtlich, sondern zufällig in das Archiv aufgenommen worden sei, ihrem ganzen Umfange nach beweiskräftig: sog. passives Archivrecht im Gegensatze zu dem aktiven der Befugnis, ein öffentliches Archiv zu haben.

V.

Allerdings haben jene Vorschriften der Allgemeinen Gerichtsordnung über die besondere Beweiskraft der in öffentlichen Archiven aufbewahrten Urkunden mit dem Beginne der Geltung der deutschen Zivilprozeßordnung gemäß § 14 des Einführungsgesetzes hierzu ihre unmittelbare verbindliche Kraft verloren. An die Stelle der formalen Beweislehre ist auch für den Urkundenbeweis, so weit die deutsche Zivilprozeßordnung nicht gerade hier auch selbst noch bestimmte Beweisregeln aufgestellt hat (§§ 415 ff.), der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung getreten. Wie alle gesetzlichen Beweisregeln der formalen Beweistheorie des früheren Prozeßrechts haben jene Bestimmungen jetzt nur noch den Wert als Niederschlag einer Jahrhunderte alten Entwickelung des Beweisrechts, als Erfahrungssätze, die der Richter bei der ihm völlig freigegebenen Würdigung des Beweises je nach Lage des einzelnen Falles beachten kann, aber nicht zu beachten braucht.

Allein die Bedeutung der wiedergegebenen Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung ist, wie schon angedeutet, mit ihrem besondern prozeßrechtlichen Inhalte nicht erschöpft. Eine solche Bevorzugung nämlich, wie sie diese Vorschriften den aus Archiven öffentlichrechtlicher Körperschaften entnommenen Urkunden in bezug auf die Frage ihrer Echtheit und ihrer Beweiskraft zuteil werden ließen, konnte der Gesetzgeber nur dann für gerechtfertigt erachten, wenn er von dem Gedanken ausging, daß nur der Staat und die sonstigen in Betracht kommenden Körperschaften des öffentlichen Rechtes aus Gründen des Gemeinwohls berufen seien, solche Urkundensammlungen, wie sie die öffentlichen Archive enthielten, einzurichten, zu erhalten und sie ihren eigentümlichen Zwecken für die Allgemeinheit dienstbar zu machen. Dem entsprach dann auch die Pflicht dieser Körperschaften, nicht nur für eine sichere Aufbewahrung der Urkunden an einem geeigneten Orte, sondern auch

Digitized by Google

für die Verwaltung der Sammlung durch sachkundige, entsprechend vorgebildete Beamte Sorge zu tragen. Das Korrelat dieser Pflicht aber mußte, wie soeben schon bemerkt, gerade um des auf dem Gebiete des Gemeinwohls liegenden Zweckes der öffentlichen Archive willen das alleinige Recht des Staates oder der sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes bilden, die einmal ihren Archiven einverleibten Urkunden gerade in ihrem Eigentum und Besitze zu haben, und es mußte demgemäß die Möglichkeit ausgeschlossen werden, daß andere, also Privatpersonen, deren Eigentum erwürben. Jene Bestimmungen der Allgemeinen Gerichtsordnung mußten demnach auf dem Gedanken des Gesetzgebers beruhen, daß die Urkundensammlungen der Archive der öffentlichrechtlichen Körperschaften eben kraft ihrer inneren Natur und ihrer Zweckbestimmung nur im Eigentume solcher Personen ständen und stehen könnten. So aber enthielten sie die mittelbare Anerkennung des Gesetzgebers, daß solche Urkundensammlungen dem bürgerlichen Verkehre kraft Rechtens entzogen seien.

Wie sehr dieser Gedanke eines besonderen „Archivrechts" in dem soeben dargelegten Sinne dem Vorstellungskreise der preußischen Gesetzgebung aus dem Ende des 18. Jahrhunderts entsprach, ist aber auch noch aus einer Bestimmung zu entnehmen, die auch formell einem der gerade dem Staatsrechte gewidmeten Abschnitte des zweiten Teiles des Allgemeinen Landrechts angehört. Die §§ 136 und 137 II 8 ALR. — im zweiten Abschnitte „Von Städten und Stadtgemeinden" — lauten nämlich:

> § 136. Das Archiv eines Stadtmagistrats hat, wenn gleich dem Magistrate die Gerichtsbarkeit nicht zukommt, dennoch mit einem gerichtlichen Archive gleiche Rechte.
>
> § 137. Doch muß ein Magistrat, der seinem Archive dieses Recht erhalten will, dasselbe durch besonders dazu verpflichtete Personen verwahren lassen.

Hier wird demnach das sog. Archivrecht ausdrücklich als ein besonderes Recht anerkannt und auch die rechtliche Grundlage, auf der es ruht, einerseits die Eigenschaft der juristischen Person, der das Archiv gehört, als Körperschaft des öffentlichen Rechtes, anderseits die Verwaltung des Archivs „durch besonders dazu verpflichtete Personen" bestimmt bezeichnet. So ergab sich daraus auch wieder die Folgerung, daß die rechtliche Natur des anerkannten öffentlichen Archivs den Ausschluß der darin verzeichneten Urkunden

Digitized by Google

aus dem bürgerlichen Verkehr — im Gegensatze zu dem Verkehre zwischen den Körperschaften des öffentlichen Rechtes selbst — bedingte. Insofern ist in den §§ 136, 137 II 8 eins der „Gesetze des Staates" im Sinne des § 4 I 8 ALR. und des § 581 I 9 ALR. zu finden, wodurch die Urkunden aus den Archiven der öffentlichrechtlichen Körperschaften dem „gemeinen Verkehr" entzogen sind.

Indes weisen die preußische Gesetzgebung und die dazu erlassenen Ausführungsvorschriften noch andere Bestimmungen auf, die ohne weiteres von der Voraussetzung ausgehen, daß die Körperschaften des öffentlichen Rechtes, die sich im Besitz eines Archivs befinden, nicht willkürlich darüber, sei es im ganzen oder im einzelnen, verfügen dürfen, vielmehr verpflichtet sind, für ihre Erhaltung gerade in ihrem, der Körperschaft, Eigentume Sorge zu tragen. Auch diese Vorschriften sind wiederum nur aus der Auffassung zu erklären, daß Zweck und Wesen solcher Archive den grundsätzlichen Ausschluß ihrer Bestände vom gewöhnlichen bürgerlichen Verkehr erfordern. So ergingen schon unter der Herrschaft der Städteordnung vom 19. November 1808 das Reskript des Staatskanzlers vom 20. November 1821 und dasjenige des Ministers des Innern vom 30. Juni 1827 (v. Kamptz, Annalen Bd. 5 S. 892 und Bd. 11 S. 435), die aus Anlaß der Zerstörung eines städtischen Archivs durch Brand „die Erhaltung und gehörige Aufstellung" der Archive als unstreitige Pflicht der städtischen Behörden bezeichneten, zu deren Erfüllung diese von der vorgesetzten Regierung nötigenfalls sogar durch Zwangsmittel angehalten werden könnten. In beiden Erlassen wurde auch den städtischen Behörden für den Fall, daß sich die betreffende Stadt nicht im Besitze hinlänglich sicherer Aufbewahrungsräume befinden sollte, die Aufnahme der besonders wichtigen Urkunden und Akten in das Landesarchiv, unbeschadet der Eigentumsrechte der Stadtgemeinde, angeboten. Unter der Herrschaft der revidierten Städteordnung vom 17. März 1831 aber wurde durch Runderlaß des Ministers des Innern vom 3. März 1832 (v. Kamptz a. a. O. Bd. 16 S. 666) jene Pflicht der Stadtbehörden von neuem betont, und die Aufsichtsbehörden wurden angewiesen, ihre Erfüllung zu überwachen. Die „Departementsräte" sollten bei ihren Bereisungen des Bezirkes prüfen, „ob über die Archive und insonderheit über die darin befindlichen Urkunden Repertorien vorhanden? ob die zur Aufbewah-

Digitized by Google

rung bestimmten Lokale sicher und dem Zwecke entsprechend? auch die Einrichtungen getroffen sind, um einerseits den leichten und ordnungsmäßigen Gebrauch der Archive zu sichern, anderseits aber die Verschleppung und den Verlust der Akten und Urkunden zu verhindern". Schließlich wurde das frühere Anerbieten, wichtige Urkunden aus dem Archive der Stadt mit Vorbehalt ihres Eigentums in das Archiv der Regierung oder in das Landes- oder Provinzialarchiv aufzunehmen, wiederholt.

In der späteren Zeit erklärte der § 50 der Städteordnung vom 30. Mai 1853 für die östlichen Provinzen ausdrücklich die „Genehmigung der Regierung" für erforderlich u. a. „zur Veräußerung oder wesentlichen Veränderung von Sachen, welche einen besonderen wissenschaftlichen, historischen oder Kunstwert haben, namentlich von Archiven". Deutlicher konnte das Gesetz nicht kundtun, daß solche Sachen, insbesondere die Archive der Körperschaften des öffentlichen Rechtes, dem gewöhnlichen bürgerlichen Verkehre grundsätzlich entzogen seien. Denn nach dem erkennbaren gesetzgeberischen Grunde der Vorschrift konnte die Notwendigkeit der Genehmigung der Regierung zur Veräußerung oder auch nur zur wesentlichen Veränderung eines städtischen Archivs eben nur bezwecken, zu verhindern, daß ein solches oder auch bloße Teile davon in den „gemeinen Verkehr" kämen. Ging der Gesetzgeber doch ersichtlich davon aus, daß die Regierung die Genehmigung nur erteilen werde und dürfe, wenn der im Dienste der Allgemeinheit stehende Zweck des Archivs nicht gefährdet werde, also etwa nur dann, wenn aus Zweckmäßigkeitsrücksichten ein Archiv oder eine bestimmte Sammlung oder auch nur gewisse Urkunden daraus aus dem Eigentume der Stadt in das einer andern Körperschaft des öffentlichen Rechtes, insbesondere des Staates oder der Provinz, übergingen. Jedenfalls sollten und durften bei der Entscheidung über das Gesuch um Genehmigung der Veräußerung oder wesentlichen Veränderung des Archivs nur Gründe maßgebend sein, die auf öffentlichrechtlichem Gebiete lägen.

Wörtlich die gleiche Bestimmung enthielt dann auch der § 49 der Städteordnung für die Provinz Westfalen vom 19. März 1856.

Der § 16 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883 aber setzte an die Stelle der zur Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung jener Genehmigung berufenen Bezirksregierung den

Digitized by Google

Regierungspräsidenten. Von besonderer Bedeutung ist es dabei, daß der Wortlaut des § 50 Nr. 2 der Städteordnung vom 30. Mai 1853, den im übrigen der § 16 des Zuständigkeitsgesetzes unverändert wiederholt, hier gerade in bezug auf die Archive die Fassung erhalten hat: „insbesondere von Archiven oder Teilen derselben". Es kann also gar kein Zweifel darüber bestehen, daß auch einzelne Teile von Archiven der Körperschaften des öffentlichen Rechtes nach der Auffassung der preußischen Gesetzgebung den vorher erörterten Beschränkungen ihrer Verkehrsfähigkeit unterworfen sind. Eine wörtlich gleiche Bestimmung enthält weiter der § 30 desselben Gesetzes in Ansehung der Archive oder von Teilen solcher, die sich im Eigentum einer Landgemeinde befinden. In der später erlassenen Landgemeindeordnung für die östlichen Provinzen vom 3. Juli 1891 ist die allgemein gefaßte Vorschrift des § 50 Nr. 2 der Städteordnung von 1853 lediglich wiederholt, nur daß hier die Archive nicht noch besonders erwähnt sind.

VI.

Nach alledem waren nach preußischem Rechte die Archive der Körperschaften des öffentlichen Rechtes in der Tat „durch die Gesetze des Staates vom gemeinen Verkehr ausgenommen" (§ 4 I 8 ALR.), konnten also „durch keine Verjährung erworben werden" (§ 581 I 9 ALR.), und dieses Ergebnis ist, da es sich dabei um Fragen des publizistischen Eigentums, also um Fragen des Verwaltungs-, und somit des öffentlichen Rechtes handelt, auch durch das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht berührt worden. Aus dem Dargelegten erhellt aber zugleich, daß auch die von der Wissenschaft des Verwaltungsrechts nach ihrem heutigen Stande aufgestellten Erfordernisse für das Vorliegen öffentlichen Eigentums überhaupt, wie sie oben erörtert worden sind, trotz der Eigenschaft der Archive als Inbegriffe beweglicher Sachen erfüllt sind. Daß das Archiv einem „Rechtssubjekt" eigentümlich gehört, das öffentliche Verwaltung führt, wird in den wiedergegebenen Vorschriften des preußischen Rechtes ausdrücklich vorausgesetzt. Daß ferner das Rechtssubjekt mit der Haltung des Archivs einen bestimmten öffentlichen Zweck verwirklicht, es also diesem Zwecke nicht bloß widmet, sondern es auch tatsächlich dazu verwendet, soll gerade durch die rechtliche Stellung, welche

Digitized by Google

die preußische Gesetzgebung und die dazu erlassenen Ausführungsbestimmungen den Archiven der öffentlichrechtlichen Körperschaften gegeben haben, sichergestellt werden.

Demnach wäre in dem Falle, an den die vorstehenden Erörterungen anknüpfen, die Entscheidung auch ohne weiteres damit gegeben gewesen, daß die streitige Urkundensammlung als ein Teil eines preußischen Staatsarchivs dem bürgerlichen Verkehr überhaupt und damit auch jeder Art der Ersitzung entzogen war. Freilich hätte dieser Entscheidungsgrund einer weitausgreifenden Darlegung bedurft und deshalb war die vom Revisionsgerichte gegebene Begründung vom Standpunkte der praktischen Rechtsprechung aus völlig gerechtfertigt. Vielleicht tragen aber die vorstehenden Ausführungen auch zu einer Klärung der Ansichten über jene in dem Rechtsstreit aufgetauchte grundsätzliche Frage bei.

Digitized by Google

VII.

Zur Lehre von der Bauerlaubnis.

Nachtrag.

Zugleich Besprechung der Abhandlung von Dr. H. Rudorff, Regierungsassessor in Berlin, „über Bauerlaubnis und Baubedingung im preußischen Verwaltungsrecht" (Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo). Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1915. 64 S. Preis im Abonnement 1,60 *M*, im Einzelverkauf 2 *M*.

Von Herrn Senatspräsidenten des Oberverwaltungsgerichts a. D., Wirklichen Geheimen Oberregierungsrate Dr. Scholz in Charlottenburg.

Inhaltsübersicht.

I. Recht auf Bauerlaubnis oder freies Ermessen.
II. Stehendürfen eines Bauwerkes als angeblicher Inhalt der Bauerlaubnis.
III. Die sogenannte Dinglichkeit der Bauerlaubnis.
IV. Baubedingungen.
1. Rudorffs Ansicht.
2. Notwendigkeit der Baubedingungen.
3. Berichtigungen des Bauvorhabens durch die Baupolizeibehörde.
a) Zulässigkeit.
b) Rechtliche Natur und Anfechtbarkeit.
c) Fehlen der Vollstreckbarkeit.
4. Baubedingungen als Anordnungen.
5. Wirksamkeit der Baubedingungen gegen Besitznachfolger.
6. Abhängigmachung erheblicher baulicher Veränderungen von einer den neueren Vorschriften entsprechenden Umgestaltung anderer Gebäudeteile.

Digitized by Google

In neuester Zeit ist die Lehre von der Bauerlaubnis mehrfach Gegenstand besonderer Erörterung gewesen. Nachdem hierüber vor einigen Jahren eine schätzenswerte Monographie von Ackermann[1]) erschienen war, ist Anfang des Jahres 1915 in der Sammlung von Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- und Völkerrecht, herausgegeben von Zorn und Stier-Somlo, eine Abhandlung von Rudorff „Über Bauerlaubnis und Baubedingung im preußischen Verwaltungsrecht" veröffentlicht worden. Diese letztere Arbeit hat in meinem Beitrage „Zur Lehre von der Bauerlaubnis" — Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 211 ff. — noch nicht berücksichtigt werden können, gibt aber Veranlassung, nochmals auf die früheren Ausführungen zurückzukommen und diese zu ergänzen. Rudorff, der vielfach neue Gedanken ausspricht und ein tiefes Eindringen in den Gegenstand sowie sorgfältige Prüfung der Entscheidungen der höchsten Verwaltungsgerichte, namentlich auch des preußischen Oberverwaltungsgerichts, erkennen läßt, erörtert zunächst die rechtliche Bedeutung der Bauerlaubnis, ihren Inhalt sowie die Frage ihres Überganges auf Besitznachfolger, geht dann aber mit besonderer Gründlichkeit und Ausführlichkeit auf die Baubedingungen ein. In manchen Punkten — so in der Annahme, daß die Bauerlaubnis eine wirkliche Erlaubnis ist, nicht bloß eine Feststellung der Rechtmäßigkeit des Bauvorhabens, ferner in der Beurteilung einer Versagung der Bauerlaubnis und eines Widerrufvorbehalts — besteht eine Übereinstimmung zwischen seinen Darlegungen und den meinen. Aber in anderen, sehr wesentlichen Beziehungen ist Rudorff zu Ergebnissen gelangt, die von den meinigen abweichen. Ich vermag ihm insoweit nicht zu folgen, verkenne aber nicht die Schwierigkeit und Zweifelhaftigkeit der Fragen und halte gegenüber den Ausführungen von Rudorff, an denen nicht ohne weiteres vorbeigegangen werden kann, eine nochmalige Besprechung für geboten.

I.

Recht auf Bauerlaubnis oder freies Ermessen.

1. Zutreffend ist es, wenn Rudorff ausführt, die Bauerlaubnis enthalte nicht nur die Erklärung, daß dem Bauvorhaben Hindernisse nach öffentlichem Rechte nicht entgegenständen, sondern

[1]) Ackermann, Der Baukonsens und die polizeilichen Beschränkungen der Baufreiheit nach preußischem Rechte.

Digitized by Google

eine wirkliche Erlaubnis[2]) Die rechtliche Bedeutung der Bauerlaubnis geht allerdings über die bloße Feststellung der Vereinbarkeit eines Bauvorhabens mit dem öffentlichen Baurechte hinaus. Aber es darf bei Würdigung ihrer rechtlichen Bedeutung nicht außer acht gelassen werden, daß in Erteilung einer Bauerlaubnis nicht die Einräumung einer rechtlichen Macht — eines subjektiven Rechtes — liegt, sondern nur die Freigabe der Ausübung eines Rechtes — des Grundeigentums — durch Aufhebung eines entgegenstehenden Verbots[3]). Die Bauerlaubnis gewährt dem Empfänger, wenn ihm ein Recht fehlt, über das Grundstück zu verfügen, auch nicht ein Recht zum Bauen. Wer über das Grundstück

---

[2]) Sonderabdruck der Rudorffschen Abhandlung S. 7 ff.

[3]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 213. Außer den früher genannten Schriftstellern siehe Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., S. 382. Daß die Bauerlaubnis keine Rechtsverleihung ist, sagt auch die Begründung des Entwurfes eines Allgemeinen Baugesetzes für das Königreich Sachsen (vgl. Rumpelt, Allgemeines Baugesetz für das Königreich Sachsen vom 1. Juli 1900, 2. Aufl., S. 242 Anm. 1 zu § 157 — ebenso Roth, Badische Landesbauordnung vom 1. September 1907, 2. Aufl., S. 294 —) und hebt das Kgl. Sächsische Oberverwaltungsgericht in seinen Entscheidungen hervor (Jahrbücher des Kgl. Sächsischen Oberverwaltungsgerichts Bd. 5 S. 153, Bd. 7 S. 128 ff.). Wenn dasselbe daneben ausspricht, durch die Bauerlaubnis sei die tatsächliche Möglichkeit des Bauens zu einer rechtlich anerkannten und geschützten Möglichkeit des Bauens geworden — ein Ausspruch, den Rudorff (a. a. O. S. 24) sich aneignet —, so kommt wenigstens nach preußischem Rechte der Bauerlaubnis nicht die Bedeutung zu, daß sie eine tatsächliche Möglichkeit in eine rechtliche verwandelt, sondern sie beseitigt nur ein rechtliches Hindernis der Ausübung eines Rechtes. Vor Erteilung der Bauerlaubnis ist nicht nur eine tatsächliche Möglichkeit gegeben, sondern ein Recht auf Bebauung, zu dessen Ausübung nur eine polizeiliche Erlaubnis erforderlich ist, sowie ein Recht auf Erteilung der polizeilichen Erlaubnis; der rechtliche Schutz, welcher durch Erteilung der Bauerlaubnis gewonnen wird, besteht nur gegenüber der Anwendung späteren Rechtes und gegenüber einer abweichenden Ausübung des freien Ermessens, in letzterer Hinsicht auch nicht ohne Einschränkung. Nach dem Allgemeinen Baugesetze für das Königreich Sachsen vom 1. Juli 1900 begründet allerdings die Bauerlaubnis, wie aus den erwähnten Entscheidungen und den dort in Bezug genommenen gesetzlichen Bestimmungen hervorgeht, einen weitergehenden Schutz gegen spätere polizeiliche Anordnungen. Gleichwohl sagt Apelt (Grundzüge des sächsischen Baurechts S. 117) übereinstimmend mit dem, was für Preußen zutrifft, von der Bauerlaubnis, indem er sich eines Bildes bedient: „Sie löst — — der materiellen Baufreiheit die polizeiliche Fessel, die ihr mit dem Verbote behördlich ungeregelten Bauens angelegt worden ist."

Digitized by Google

zu verfügen berechtigt ist, hat anderseits ein Recht auf Erlaubnis zu einem nach dem öffentlichen Rechte zulässigen Baue. Die Baufreiheit — das Recht des Grundstückseigentümers, sein Grundstück mit Gebäuden zu besetzen, — ist die Regel [4]) und durch das Erfordernis einer baupolizeilichen Genehmigung nicht materiell beschränkt, sondern nur formell. Dadurch soll ein Verstoß gegen das materielle Baurecht verhindert, nicht aber eine materielle Baubeschränkung eingeführt werden. Aus dem Zwecke des Erfordernisses einer baupolizeilichen Genehmigung in Verbindung mit dem Grundsatze der Baufreiheit folgt daher, daß die Bauerlaubnis nicht vorenthalten werden darf, wenn dem Bauvorhaben kein Hindernis nach öffentlichem Rechte entgegensteht. Ist dies nicht der Fall und besteht deshalb ein Recht auf die Bauerlaubnis, so ändert deren Erteilung, ohne einen Zuwachs an materiellen Rechten zu bewirken, die Rechtslage nur insofern, als der Anspruch auf Beseitigung einer Schranke der Ausübung des aus dem Grundeigentume folgenden Rechtes auf Bebauung erfüllt und damit die Ausübung freigegeben wird.

2. Rudorff macht geltend, daß in großem Umfange bei Beurteilung von Bauanträgen freies Ermessen Platz greife, namentlich überall da, wo es an einer örtlichen Baupolizeiverordnung fehle oder diese das Gebiet nur stückweise regele und die Polizei auf die Generalvollmacht des § 10 II 17 ALR. in Verbindung mit § 66 I 8 ebenda und § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 angewiesen sei. Der Umstand, daß die Bauerlaubnis auch auf Grund von Erwägungen freien Ermessens erteilt werde, was bei Hinzufügung von wirklichen Baubedingungen stets der Fall sei, könne bei Bestimmung des Begriffs der Bauerlaubnis nicht unbeachtet bleiben; innerhalb der Grenzen des der Polizei gewährten freien Ermessens stehe dem Antragsteller im Gegensatze zu dem Falle, daß sein Projekt zwingenden Normen entsprechen müsse und entspreche, kein Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis zu [5]).

---

[4]) Vgl. v. Bitter, Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung, 2. Aufl., Bd. 1 S. 199 unter „Baurecht" II, Baltz, Preußisches Baupolizeirecht, 4. Aufl., S. 77, Ackermann a. a. O. S. 11 ff., Roth a. a. O. S. 2.

[5]) Rudorff a. a. O. S. 8 und 9.

Digitized by Google

Hiernach scheint Rudorff, soweit es sich um Anwendung des § 10 II 17 ALR. handelt, einen Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis zu verneinen, weil die Erteilung vom freien Ermessen der Baupolizeibehörde abhänge. Bei Anwendung des § 10 II 17 ALR. ist jedoch von der Polizei einmal zu ermessen, ob und inwieweit die gesetzlichen Voraussetzungen für ein polizeiliches Einschreiten tatsächlich vorliegen — die öffentliche Ruhe, Sicherheit oder Ordnung bedroht ist oder dem Publikum oder einzelnen Mitgliedern des Publikums eine Gefahr bevorsteht, und welche Anstalten zur Beseitigung der Bedrohung oder Gefahr nötig sind [6]) —, und weiter zu ermessen, ob, in welcher Art und in welchem Umfang innerhalb der Grenzen der hieraus folgenden Ermächtigung einzuschreiten im öffentlichen Interesse zweckmäßig ist [7]). Das

[6]) Das Erfordernis der Notwendigkeit zur Beseitigung einer Gefahr umfaßt bereits das Erfordernis des Bestehens einer Gefahr. Vgl. Friedrichs im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 30 S. 372 f.

[7]) Die Beseitigung einer Gefahr liegt an sich im öffentlichen Interesse, aber die Mittel, deren es dazu bedarf, können dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, etwa durch Behinderung der gewerblichen Tätigkeit, Störung des Verkehrs oder übermäßige, das Einkommen und die Steuerkraft beeinträchtigende Belastung des Publikums. Handelt es sich z. B. um die mit dem Bewohnen ungeeigneter Wohnungen verbundene Gesundheitsgefahr, so kann einem Verbote des Bewohnens entgegenstehen, daß dadurch Obdachlosigkeit oder doch eine für die minderbemittelten Kreise allzu große Verteuerung der Wohnungen herbeigeführt werden würde. Auch kann das im öffentlichen Interesse gerechtfertigte Bestreben, in die Freiheit der Staatsbürger möglichst schonend und möglichst wenig polizeilich einzugreifen, zur Duldung nicht allzu erheblicher Gefahren veranlassen. Daher kann sich bei Abwägung aller für das öffentliche Interesse in Betracht kommenden Verhältnisse das berechtigte Einschreiten zur Beseitigung einer Gefahr als unzweckmäßig herausstellen. Eine solche Abwägung ist Sache des freien Ermessens und rechtfertigt sich durch die Freiheit der Initiative (Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung S. 194 ff.).

Neben der Zweckmäßigkeit braucht hier nicht — wie im § 17 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 — die Notwendigkeit genannt zu werden, weil das im öffentlichen Interesse Notwendige auch im öffentlichen Interesse zweckmäßig ist (Rosin, Polizeiverordnungsrecht, 2. Aufl., S. 293 Anm. 30). Der Unterschied liegt im Grade der Stärke, in welchem das öffentliche Interesse ein Einschreiten fordert. Das öffentliche Interesse an Beseitigung der Gefahr kann so stark sein, daß alle anderen Gesichtspunkte zurücktreten. Die Frage, ob die Beseitigung einer Gefahr nötig ist, muß aber von der die Zulässigkeit des polizeilichen Einschreitens betreffenden Frage, ob eine Anstalt nötig ist, um eine Gefahr zu beseitigen, unterschieden werden (vgl. Walter Jellinek im Archiv des öffentlichen Rechtes Bd. 32 S. 590 ff.).

Digitized by Google

letztere Ermessen ist ein freies und, wofern es pflichtgemäß geübt ist, der Nachprüfung des Verwaltungsrichters entzogen. Dagegen handelt es sich bei dem ersteren Ermessen darum, ob nach dem vorliegenden Tatbestande das polizeiliche Einschreiten zulässig ist, und man spricht hierbei von einem Ermessen nur deshalb, weil die Voraussetzungen im Gesetze nicht genau bestimmt sind und die Unterordnung der einzelnen Tatbestände unter die Begriffe des Gesetzes nicht im wesentlichen durch eine logische Schlußfolgerung möglich ist, sondern ein Abmessen — Abwägen, Prüfen — der voraussichtlichen Folgen der einzelnen Tatumstände nötig macht [8]). Ein solches Ermessen, bei dem es auf eine Würdigung des einzelnen Tatbestandes gegenüber den allgemeinen Voraussetzungen des Gesetzes ankommt, wird als ein gebundenes Ermessen bezeichnet und steht im Gegensatze zu dem freien Ermessen [9]). Eine Bauversagung, die sich auf § 10 II 17 ALR. stützt, enthält, wie viele Verwaltungsakte, Elemente der Gebundenheit und des freien Ermessens [10]). Bezüglich jener — der tatsächlichen Voraussetzungen, von denen die Zulässigkeit des polizeilichen Einschreitens abhängt, — ist der Verwaltungsrichter zur vollen Nachprüfung berufen [11]), bezüglich des freien Ermessens dagegen nicht über die Pflichtmäßigkeit der Ausübung hinaus. Fehlen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines polizeilichen Einschreitens, so kann von einem freien Ermessen, ob einzuschreiten sei oder nicht, keine Rede sein und daher auch nicht ein subjektives Recht auf die Polizeierlaubnis durch das freie Ermessen der Polizeibehörde ausgeschlossen werden [12]).

---

[8]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 162 l.

[9]) Oertmann, Deutsche Juristen-Zeitung Jahrg. 17 S. 188 ff., Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., S. 101, v. Laun, Zum Problem des freien Ermessens (Festschrift für Zitelmann) S. 9 ff., Stier-Somlo, Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung (Festgabe für Laband II S. 466 ff.).

[10]) v. Laun a. a. O. S. 15, 38 ff., Stier-Somlo a. a. O. S. 456, 513, Walter Jellinek, Gesetz usw. S. 194 ff.

[11]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 21 S. 408, Bd. 39 S. 294 ff., Bd. 44 S. 343, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 25 S. 162 l., 37 S. 104 r. Die Rechtsprechung, namentlich aus älterer Zeit, ist allerdings nicht gleichmäßig.

[12]) Vgl. Walter Jellinek, Gesetz usw. S. 114, 116. Fleiner (a. a. O. S. 6 ff. und 132 ff.) scheint für die der Polizei bei Anwendung des § 10 II 17 ALR. obliegende Prüfung ohne Unterschied ein freies Ermessen

Digitized by Google

Somit unterliegt eine Versagung der Bauerlaubnis, die auf § 10 II 17 ALR. gegründet wird, weil die Zulässigkeit des Bauvorhabens nicht besonders gesetzlich geregelt ist, der Anfechtung mittels Klage im Verwaltungsstreitverfahren nach § 127 ff. des Landesverwaltungsgesetzes, wenn die Tatsachen fehlen, welche die Anwendung des § 10 a. a. O. voraussetzt, insbesondere eine Gefahr mit Unrecht angenommen worden ist. Sind die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme einer Gefahr nicht vorhanden, so besteht ein Recht auf Erteilung der Bauerlaubnis, auch wenn es an Sondervorschriften darüber gebricht, was zur Fernhaltung einer Gefahr erforderlich ist. In bezug auf die Erlangung der zur Bebauung seines Grundstücks nötigen Erlaubnis kann der Grundstückseigentümer doch nicht darum rechtlos sein, weil die polizeilichen Anforderungen an die Bauausführung nicht durch besondere Normen geregelt sind [13]). Liegen allerdings die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. vor, so ist die Handhabung der sich daraus für die Polizei ergebenden Befugnis ihrem freien Ermessen überlassen und ein Recht auf die Bauerlaubnis ausgeschlossen. Ein Bau, den die Polizei, weil die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 a. a. O. vorliegen, nach ihrem freien Ermessen zulassen oder nicht zulassen darf, ist zulässig oder unzulässig je nach dem Ergebnisse, zu welchem die Polizei bei Ausübung ihres freien Ermessens gelangt. Durch die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 a. a. O., die eine bedingte Unzulässigkeit des Baues begründen, wird ein Anspruch auf die Bauerlaubnis ausgeschlossen, aber der Grundsatz, daß auf die Erlaubnis zu einem nach dem öffentlichen Rechte zulässigen, d. h. unbedingt zulässigen, Baue, ein Recht besteht, nicht eingeschränkt [14]).

---

anzunehmen, bezeichnet es aber als Rechtsfrage, wo das freie Ermessen beginnt und aufhört. Es beginnt jedoch nach § 10 a. a. O. erst mit den tatsächlichen Voraussetzungen des Gesetzes.

[13]) Wäre ein Recht auf Bauerlaubnis zu verneinen, weil der Gegenstand nicht durch Polizeiverordnung geregelt ist und deshalb die Bauversagung auf § 10 II 17 und § 66 I 8 ALR. gestützt wird, so würde das Oberverwaltungsgericht nicht in der von Rudorff — a. a. O. S. 8 und 9 — in Bezug genommenen, im Preußischen Verwaltungs-Blatte Jahrg. 15 S. 489 abgedruckten Entscheidung das Vorhandensein einer Gefahr haben zu prüfen brauchen, um zur Abweisung der Klage zu gelangen.

[14]) Unbedingt zulässig ist ein Bau, wenn er weder gegen eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Baurechts verstößt noch auch die tat-

Digitized by Google

Von einer Anwendung des § 66 I 8 ALR., wonach zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden soll, gilt insofern jedenfalls dasselbe wie von einer Anwendung des § 10 II 17 a. a. O., als erst beim Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen, die der Verwaltungsrichter nachzuprüfen hat, ein freies polizeiliches Ermessen eintritt [15]). Aus § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 aber darf, auch wenn angenommen wird, daß diese Bestimmung nicht bloß für Polizeiverordnungen, sondern auch für polizeiliche Verfügungen eine rechtliche Grundlage bildet [16]), gewiß nicht hergeleitet werden, daß die Polizeibehörde über Zulassung einer Bauausführung nach ihrem freien Ermessen zu befinden hätte, auch beim Mangel der tatsächlichen Voraussetzungen kein Recht auf Baugenehmigung bestände und keine Anfechtung der Bauversagung statthaft wäre.

3. Ausgedehnter ist der Bereich des freien Ermessens und damit die Ausschließung des Rechtes auf Bauerlaubnis, wenn besondere Rechtsnormen der Polizei unter bestimmten tatsächlichen Voraussetzungen das Recht einräumen, nach ihrem freiem Ermessen einen Bau zu verbieten oder zuzulassen; so ist — um die wichtigsten Fälle zu nennen — die Rechtslage nach denjenigen Vorschriften der Polizeiverordnungen, welche Ge- oder Verbote enthalten, von denen die Ortspolizeibehörde — also die zur Erteilung der Bau-

---

sächlichen Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Baupolizeibehörde nach ihrem freien Ermessen über die Zulassung des Baues entscheiden kann.

Unbedingt unzulässig ist ein Bau, wenn er gegen eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Baurechts verstößt.

Bedingt zulässig oder unzulässig ist ein Bau, wenn er zwar nicht gegen eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Baurechts verstößt, aber die tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, unter denen die Baupolizeibehörde nach ihrem freien Ermessen über die Zulassung des Baues entscheiden kann. Nach dem Ergebnisse dieses freien Ermessens bestimmt sich hier die Zulässigkeit des Baues.

[15]) Über das Verhältnis des § 66 I 8 ALR. zu § 10 II 17 ebenda vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 377 ff., Bd. 38 S. 357.

[16]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 13 S. 394 ff. Vgl. Rosin a. a. O. S. 63 ff., Biermann, Privatrecht und Polizei S. 16, Friedrichs, Polizeigesetz S. 6 ff., 89 ff.

Digitized by Google

erlaubnis regelmäßig berufene Behörde — Ausnahmen zulassen darf, sowie nach § 11 des Fluchtliniengesetzes bei Überschreitung der Fluchtlinie. In diesen Fällen hängt die Zulassung des Baues von der freien Entschließung der Polizeibehörde ab, und daher ist kein Anspruch auf Erteilung der Bauerlaubnis gegeben. Der Mangel eines solchen ist die Folge einer öffentlichrechtlichen Baubeschränkung, die das Gesetz an gewisse Tatbestände — den Inhalt einer Polizeivorschrift und die Überschreitung einer Fluchtlinie — in der Weise knüpft, daß es vom freien Ermessen der Polizeibehörde abhängt, ob sie den Bau zulassen und damit die Wirkung der Baubeschränkung für den einzelnen Fall außer Kraft setzen will. Das Bauvorhaben widerspricht in solchen Fällen zwar nicht unbedingt, wohl aber, wenn die Polizei ihre Einwilligung versagt, den Normen des öffentlichen Baurechts. Der Grundsatz, daß auf einen nach dem öffentlichen Rechte unbedingt zulässigen Bau ein Anspruch besteht, bleibt also auch hier unberührt. Da die Berechtigung zur Versagung der Bauerlaubnis aus dem tatsächlichen Vorhandensein der im Gesetze genau bestimmten Voraussetzungen folgt — dem Verstoße gegen eine Polizeivorschrift oder der Überschreitung einer Fluchtlinie —, so bildet das Vorhandensein dieser Voraussetzungen allein das der verwaltungsrichterlichen Nachprüfung unterworfene Element der Gebundenheit. Wenn vornehmlich in derartigen Fällen vom freien Ermessen der Polizeibehörde gesprochen wird, so erklärt sich dies daraus, daß die Freiheit des Ermessens aus einem einfachen, genau bestimmten Tatbestande hervorgeht und darum auch mehr hervortritt als bei Anwendung des § 10 II 17 ALR., bei welcher an erster Stelle die Würdigung des vorliegenden Tatbestandes den Gegenstand des Ermessens — und zwar eines gebundenen Ermessens — bildet. Nirgend aber ist das freie Ermessen gleichbedeutend mit schrankenlosem Belieben, sondern es muß stets unter den dafür maßgebenden Gesichtspunkten pflichtgemäß geübt werden; wird hiergegen gefehlt [17]), so rechtfertigt sich eine Anfechtung der Bauversagung, weil der Antragsteller eine pflichtgemäße Prüfung beanspruchen kann. Soweit das freie polizeiliche Ermessen reicht, besteht kein Recht auf Bauerlaubnis, aber auch da, wo dem freien Ermessen ein größerer Spielraum eröffnet ist, besteht

[17]) Die Ermessensfehler werden eingehend erörtert von Walter Jellinek, Gesetz usw. S. 138 ff., 331 ff.

Digitized by Google

ein Recht auf pflichtgemäße Ausübung dieses Ermessens [18]). Dessen pflichtgemäße Ausübung braucht indes nicht ausdrücklich in der polizeilichen Verfügung hervorgehoben zu werden, sondern wird regelmäßig — insbesondere bei Anwendung des § 10 II 17 ALR. sowie auch des § 11 des Fluchtliniengesetzes — vorauszusetzen sein; doch kann unter Umständen hierüber ein Zweifel entstehen, namentlich dann, wenn es sich um eine Vorschrift handelt, von welcher die Ortspolizeibehörde eine Ausnahme bewilligen darf, und fraglich ist, ob sich die Ortspolizeibehörde ihrer Ermächtigung zur Bewilligung einer Ausnahme bewußt gewesen ist und im einzelnen Falle über die Bewilligung pflichtgemäß schlüssig gemacht hat [19]).

Dem freien polizeilichen Ermessen wird ein weiterer Raum auch dann eröffnet, wenn Polizeiverordnungen Vorschriften enthalten, die nur „auf Verlangen der Ortspolizeibehörde" zu befolgen sind oder in anderer Weise zum Ausdrucke bringen, daß es zur Anwendung der Vorschrift im einzelnen Falle einer Willensäußerung der Ortspolizeibehörde bedarf. Daß nach solchen Vorschriften, wenn ihre das Element der Gebundenheit bildenden gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind, das freie Ermessen der Ortspolizeibehörde den Ausschlag geben soll und nicht außerdem die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. vorzuliegen brauchen, muß man annehmen, weil sonst die ganze Vorschrift auf einen bloßen Vorbehalt weitergehender Anforderungen beim Vorhandensein ihrer allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen hinauslaufen würde. Bei einer derartigen Fassung ist die Vorschrift dahin eingeschränkt, daß es im einzelnen Falle von der Ortspolizeibehörde abhängen soll, ob die Vorschrift anzuwenden ist. An deren Rechtsgültigkeit ist darum nicht zu zweifeln, weil die Polizeiverordnung innerhalb der gesetzlichen Grenze den Inhalt der Vorschrift bestimmen und daher auch die Entschließung der Ortspolizeibehörde zu einem Tatbestandsmerkmale machen kann [20]). Um so weniger

---

[18]) Otto Mayer (a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 164 ff.) meint, ein Stück des freien Ermessens sei der Nachprüfung des Verwaltungsrichters unterstellt. Nach anderer Auffassung handelt es sich um die Grenze der Freiheit des Ermessens (Fleiner a. a. O. S. 133 ff., v. Laun a. a. O. S. 15 ff., 41).

[19]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 32 S. 352, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 34 S. 416 f.

[20]) Rosin (a. a. O. S. 98 ff.). So hat das Oberverwaltungsgericht (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 68 S. 424 ff.) die Bestim-

Digitized by Google

ist gegen die Gültigkeit einer solchen Vorschrift ein Bedenken zu erheben, als anerkanntermaßen durch Polizeiverordnung den Ortspolizeibehörden die Bewilligung einer Ausnahme vorbehalten und damit doch auch die Anwendbarkeit der Vorschrift von ihrer Entschließung abhängig gemacht werden darf, der Unterschied nur der ist, daß die Polizeiverordnung, wenn sie eine Ausnahme zuläßt, die Befolgung der Vorschrift als Regel hinstellt, davon aber absieht, wenn sie die Anwendung der Vorschrift vom Verlangen der Ortspolizeibehörde abhängig macht.

Ähnlich ist die Stellung der Ortspolizeibehörde nach den Vorschriften, die der Regierungspräsident auf Grund des § 8 des Gesetzes gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907 dahin erlassen darf, daß die baupolizeiliche Genehmigung unter gewissen Voraussetzungen versagt werden kann. Ob die Ortspolizeibehörde die Baugenehmigung erteilen oder versagen will, hängt danach, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen der Vorschriften des Regierungspräsidenten vorliegen, ebenfalls von ihrem freien Ermessen ab [21]).

Wenn durch Polizeiverordnung die Anwendbarkeit einer bestimmten Vorschrift im einzelnen Falle vom freien Ermessen der Ortspolizeibehörde abhängig gemacht werden kann, so kann anderseits doch nicht durch Polizeiverordnung die Ortspolizeibehörde ermächtigt werden, nach ihrem freien Ermessen selbständige Verfügungen zu erlassen, ohne daß die allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen dafür vorzuliegen brauchten. Denn eine Polizeiverordnung vermag nur allgemeine Vorschriften (Rechtsnormen), welche Ge-

---

mung einer Polizeiverordnung, wonach alle nicht ausschließlich landwirtschaftlichen Zwecken dienenden Grundstücke, welche an öffentliche Straßen grenzen und in der Straßenfluchtlinie nicht bebaut sind, „auf Verlangen der Baupolizeibehörde" in der Straßenfluchtlinie eingefriedigt werden müssen, für gültig erachtet. In der Begründung der Entscheidung (a. a. O. S. 426) wird gesagt, die Anwendung der Vorschrift sei in das Ermessen der Polizeibehörde gestellt; dies könne unbedenklich geschehen, nur dürfe das Ermessen kein beliebiges und willkürliches, sondern müsse ein pflichtgemäßes sein, d. h. sich innerhalb der Grenzen der der Polizei zugewiesenen Aufgaben und Befugnisse halten und demgemäß auf polizeilichen Gesichtspunkten beruhen, welche in der anzuwendenden Vorschrift ihre Grundlage fänden und innerhalb der durch deren Ziel und Zweck gegebenen Richtlinien lägen. Damit sollte die allgemeine Schranke des freien polizeilichen Ermessens bezeichnet werden.

[21]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 56 S. 437 ff.

Digitized by Google

oder Verbote — Polizeibefehle — enthalten, zu schaffen [22]), vermag aber nicht die Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde zum Erlasse von selbständigen Anordnungen zu begründen oder zu erweitern. Daher hat auch das Oberverwaltungsgericht Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit einer Polizeiverordnung geäußert, welche die Umgrenzung dessen, was zu fordern ist, unbestimmt läßt und dem „schrankenlosen Ermessen" der Ortspolizeibehörde vorbehält [23]). Erklärt eine Polizeiverordnung, die Ortspolizeibehörde könne noch weitere, über die Vorschriften der Polizeiverordnung hinausgehende Anforderungen stellen, so wird damit nur ausgesprochen, daß die Vorschriften der Polizeiverordnung nicht erschöpfend sein und der Polizeibehörde nicht das Recht nehmen sollen, nach § 10 II 17 ALR. beim Vorhandensein der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen — nicht also nach freiem Ermessen — mehr zu fordern [24]) [25]).

---

[22]) § 136 ff. des Landesverwaltungsgesetzes, § 5 und § 11 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850. Vgl. Friedrichs, Polizeigesetz S. 73 ff., Rosin a. a. O. S. 56 ff., Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 238 ff. — In dem Erfordernis einer polizeilichen Genehmigung liegt das Verbot, die Handlung ohne Genehmigung vorzunehmen.

[23]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 354, 369 ff. Otto Mayer (a. a. O. S. 251 Anm. 3) will anscheinend das Bedenken auf eine Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs zurückführen, der zutreffende Grund liegt aber darin, daß die Ortspolizeibehörde nicht durch Polizeiverordnung ermächtigt werden kann, nach freiem Ermessen selbständige Verfügungen zu erlassen. An anderen Stellen (a. a. O. S. 239, 240) spricht auch Otto Mayer von einer Abdankung des Rechtssatzes zu Gunsten der Willkür des Einzelakts und von einem unzulässigen Vorbehalte, das, was befohlen sein solle, in den Einzelfällen durch polizeiliche Verfügungen kundzutun.

[24]) Vgl. z. B. Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897 § 1 Ziff. 4, § 18 Ziff. 7, § 38, Baupolizeiordnung für Halle a. S. vom 9. Juni 1910 § 21 Ziff. 2 Abs. 2, § 39 Ziff. 1, § 48 Ziff. 1 und 2, § 50 Ziff. 5, § 51 Ziff. 8, Baupolizeiverordnung für Dortmund vom 28. Januar 1908 § 29 a Ziff. 1 Abs. 2, § 43 Ziff. 6, § 46 Ziff. 1 und 8. — Siehe Baltz a. a. O. S. 85 ff., S. 240 ff. Anm. 17, S. 276 Anm. 4, Rosin a. a. O. S. 101, Friedrichs, Polizeigesetz S. 263.

[25]) Von Bestimmungen einer Bauordnung, nach welchen eine „entsprechende" Anzahl von Aborten in oder bei jedem neuen Wohnhause, soweit es die Örtlichkeit gestattete, anzulegen war und die Wohngebäude so eingerichtet werden mußten, daß sie den Bewohnern „hinlänglich" Luft und Licht gewährten und der Gesundheit nicht nachteilig wurden, wird in einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts — Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 26 S. 204 f. — gesagt, diese Vorschriften schlössen das „freie Ermessen" darüber nicht aus, in welcher Anzahl Aborte anzulegen wären, und welche

Digitized by Google

Von Rudorff wird noch bemerkt, bei Hinzufügung von wirklichen Baubedingungen werde die Bauerlaubnis stets auf Grund von Erwägungen freien Ermessens erteilt. Es ist richtig, daß die Polizeibehörde in die Lage kommt, nach ihrem freien Ermessen die Baugenehmigung zu versagen oder unter Bedingungen zu erteilen. Ein solches freies Ermessen setzt aber voraus, daß die Bedingungen nötig sind, um Hindernisse zu beseitigen, die dem Bauvorhaben nach öffentlichem Rechte entgegenstehen — sei es nach zwingenden Vorschriften, sei es nach dem Ergebnisse der Ausübung des der Polizei auf Grund der gesetzlichen Voraussetzungen zustehenden freien Ermessens —, also ein Bauvorhaben, das an sich — ohne die Bedingungen — unzulässig sein würde. Hierdurch wird das Recht auf Erlaubnis zu einem nach dem öffentlichen Rechte unbedingt zulässigen Baue ebensowenig berührt.

4. Auf eine Abgrenzung des freien Ermessens nach anderer Richtung ist noch einzugehen. Obwohl durch die Bauerlaubnis nur eine Ausübung des Grundeigentums freigegeben wird, so gewährt sie doch, wie früher dargelegt worden ist [26]), zugleich einen Schutz dagegen, daß die Polizei später in Ausübung ihres Ermessens weitergehende oder abweichende Anforderungen stellt. Die Art des Ermessens ist früher nicht näher erörtert worden, aber das Gesagte

---

Fensterflächen genügten, um den Räumen hinlänglich Luft und Licht zu gewähren. Damals handelte es sich aber um die Frage, ob höhere Anforderungen gestellt werden durften, nachdem früher der Baukonsens erteilt worden war, also darum, ob die Polizei von dem freien Ermessen, welches ihr nach den tatsächlichen Verhältnissen zugestanden hatte, nachträglich einen weitergehenden Gebrauch machen durfte. Das wurde verneint, und zwar mit Recht, weil die Polizei nach Erteilung des Baukonsenses nicht in Ausübung ihres freien Ermessens erhöhte Anforderungen stellen darf. Dagegen ist der Entscheidung nicht zu entnehmen, die gedachten Vorschriften seien dahin ausgelegt worden, daß die Polizei bezüglich der Forderung einer Anzahl von Aborten und einer bestimmten Größe der Fensterflächen nicht an weitere tatsächliche Voraussetzungen gebunden gewesen wäre, die der Nachprüfung des Verwaltungsrichters unterlagen, und ihr in dieser Beziehung ein freies Ermessen zugestanden hätte. Vielmehr war die Polizei, da sie nur eine „entsprechende" Anzahl von Aborten und eine „hinlängliche" Luft- und Lichtzuführung fordern durfte, an die tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. gebunden, wie es in Ermangelung bestimmter Vorschriften der Polizeiverordnung nicht anders sein konnte, und nur innerhalb der Grenzen der sich hieraus ergebenden Befugnis ihrem freien Ermessen überlassen, wieviel sie fordern wollte.

[26]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 225 ff.

Digitized by Google

hat sich nur auf das freie Ermessen beziehen können. Fehlen die tatsächlichen Voraussetzungen für weitergehende oder abweichende Anforderungen und damit für freies Ermessen, so folgt schon hieraus die Unrechtmäßigkeit der Anforderungen. Bloß wenn die tatsächlichen Voraussetzungen des Einschreitens gegeben sind und die Anforderungen danach gerechtfertigt sein würden, kann einer Erteilung der Bauerlaubnis die Wirkung zukommen, daß sie spätere Anforderungen ausschließt, also nur im Rahmen des freien Ermessens, zu welchem die Polizei auf Grund der tatsächlichen Voraussetzungen ihres Einschreitens an sich berechtigt sein würde. Hat einmal die Polizei durch Erteilung der Bauerlaubnis erklärt, daß das Bauvorhaben nicht zu beanstanden sei, so kann sie nicht nachträglich ihr freies Ermessen in anderer Art zum Nachteile des Bauherrn ausüben. Denn es liegt, abgesehen vom Entgegenstehen naheliegender praktischer Erwägungen, im Sinne der Vorschrift über das Erfordernis der Bauerlaubnis, daß durch sie, soweit es sich um freies Ermessen handelt, die polizeiliche Prüfung abgeschlossen wird.

Das freie Ermessen findet jedoch, wie es erst beim Vorhandensein gewisser tatsächlicher Voraussetzungen beginnt, eine andere Grenze noch da, wo die öffentlichen Interessen ein polizeiliches Einschreiten unabweisbar erfordern [27]). Dies wird auch von Rudorff hervorgehoben unter Hinweis auf die Ausführungen von Walter Jellinek über eine solche Grenze des freien Ermessens, genannt die „Grenze der Schädlichkeit" [28]). Eine Polizeibehörde, die in einem derartigen Falle nicht einschreitet, macht sich der Unterlassung einer ihr obliegenden Amtshandlung schuldig (§ 1 des Gesetzes, betreffend die Konflikte bei gerichtlichen Verfolgungen wegen Amts- und Diensthandlungen, vom 13. Februar 1854). Freilich finden die Rechtsbehelfe, welche gegen polizeiliche Verfügungen gegeben sind, bei Versagung des polizeilichen Einschreitens nicht statt, insbesondere nicht die Klage im Verwaltungsstreitverfahren, und es kann — ebenso, wie wenn die Polizeibehörde sich bei Versagung des Einschreitens in den Grenzen des freien Ermessens gehalten, aber unzweckmäßig gehandelt hätte, — nur die Aufsichts-

[27]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 227 ff.

[28]) Walter Jellinek, Gesetz usw. S. 267 ff., Rudorff a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

behörde angerufen werden, um ein polizeiliches Einschreiten herbeizuführen. Bei einer Bauerlaubnis hat sich jedoch der Verwaltungsrichter, wenn später polizeiliche Anordnungen im Widerspruche mit der Bauerlaubnis ergehen und angefochten werden, der Prüfung zu unterziehen, ob durch Erteilung der Bauerlaubnis wegen Verletzung unabweisbarer öffentlicher Interessen die Grenze des freien Ermessens überschritten worden ist und darum der Schutz versagt, den sonst die Bauerlaubnis gegen spätere polizeiliche Anordnungen gewährt [29]).

Macht eine Polizeiverordnung die Anwendbarkeit einer Vorschrift vom Verlangen der Ortspolizeibehörde abhängig, so ist nach der Absicht der Polizeiverordnung anzunehmen, daß ein solches Verlangen nicht mehr ausgesprochen werden darf, nachdem der Bau, den das Verlangen betrifft, anstandslos genehmigt worden ist. Dadurch wird die öffentlichrechtliche Baubeschränkung, welche, wie in anderen baupolizeilichen Vorschriften, auch in einer Vorschrift liegt, deren Anwendbarkeit vom Verlangen der Ortspolizeibehörde abhängt [30]), für das Bauvorhaben unwirksam. Jedoch erleidet der Grundsatz ähnliche Ausnahmen wie sonst die Unabänderlichkeit der Ausübung des freien Ermessens, z. B. auch bei absichtlicher Täuschung der Baupolizeibehörde [31]).

5. Zur Erläuterung diene noch folgende beispielsweise Zusammenstellung.

A. Regelmäßig enthalten die Baupolizeiverordnungen Vorschriften über die Mindesthöhe von Räumen, die zum dauernden Aufenthalte von Menschen bestimmt sind.

a) Wenn für die geplanten Räume die vorgeschriebene Höhe vorgesehen ist, so kann, sofern sonst nichts entgegensteht, die Bauerlaubnis beansprucht und nicht etwa darum versagt werden, weil die Polizeibehörde diese Höhe nicht für ausreichend erachtet. Denn die Vorschrift der Polizeiverordnung beschränkt zugleich durch Regelung des Gegenstandes in dieser Hinsicht die Anforderungen, falls nicht die Polizeiverordnung den Vorbehalt macht, daß die Polizei

[29]) In betreff der anderweitigen Einschränkungen dieses Schutzes wird auf die früheren Ausführungen verwiesen (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 226 ff.).

[30]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 238.

[31]) Über den Widerruf der Bewilligung einer Ausnahme von baupolizeilichen Vorschriften und der Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie ist früher gesprochen worden (Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 236 ff., 240 ff.).

Digitized by Google

aus besonderen Gründen nach Lage des einzelnen Falles — d. h. gemäß § 10 II 17 ALR. — mehr fordern darf. Allerdings kann es auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt im Sinne der Polizeiverordnung liegen, daß mit Rücksicht auf eine besondere Bestimmung der Räume — etwa zum Arbeitsraume für eine größere Anzahl von Personen — oder wegen ungewöhnlicher Eigenschaften des Bauwerkes die Höhenforderung auf Grund des § 10 a. a. O. gesteigert werden darf [32]). Soweit § 10 II 17 neben der Polizeiverordnung in Betracht kommt, gilt, was unter B ausgeführt werden wird, in entsprechender Weise.

b) Bleibt die Höhe der Räume hinter der Vorschrift der Polizeiverordnung zurück, so ist ein Recht auf Erteilung der Bauerlaubnis ausgeschlossen und die Versagung der Bauerlaubnis gerechtfertigt, weil das Bauvorhaben einer Norm des öffentlichen Baurechts widerspricht. Ist desungeachtet die Bauerlaubnis erteilt worden, so hat die Polizei nachträglich die Erhöhung der Räume oder die Unterlassung ihrer Benutzung zum dauernden Aufenthalte von Menschen zu fordern [33]).

c) Darf indes nach Bestimmung der Polizeiverordnung ausnahmsweise die Baupolizeibehörde eine geringere Höhe gestatten, so fehlt zwar auch hier, wenn die Höhe geringer ist, ein Recht auf Bauerlaubnis, doch muß die Baupolizeibehörde in Ausübung ihres freien Ermessens pflichtgemäß prüfen, ob der vorliegende Fall einen ausreichenden Grund zur Bewilligung einer Ausnahme bietet. Wegen Unterlassung einer solchen Prüfung kann die Bauversagung angefochten werden. Nach Erteilung der Bauerlaubnis darf nur eingeschritten werden, wenn nicht in ihrer Erteilung eine Ausnahmebewilligung zu finden ist [34]).

B. Für Räume, die nur vorübergehend zum Aufenthalte von Menschen dienen oder doch nicht als Räume gelten, die zum dauernden Aufenthalte von Menschen bestimmt sind, — wie Flure, Bedürfnisanstalten, Lagerräume [35]) — enthalten die Bauordnungen über die Mindesthöhe meist keine Vorschriften. Daher muß gemäß § 10 II 17 ALR. von der Polizei und, wenn die Bau-

[32]) Vgl. Baltz a. a. O. S. 87.

[33]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 223 ff.

[34]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 233 ff.

[35]) Vgl. § 37 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897 und dazu Baltz a. a. O. S. 355 ff. Anm. 1 a.

Digitized by Google

versagung mittels Klage angefochten wird, vom Verwaltungsrichter unter Berücksichtigung der Lage des einzelnen Falles ermessen werden, ob durch Niedrigkeit der Räume irgendwelche Gefahr entstehen würde. Wenn diese Frage zu verneinen, das Bauvorhaben auch sonst nicht zu beanstanden und danach das Recht auf die Bauerlaubnis anzuerkennen ist, muß von der Polizei der Bau genehmigt, vom Verwaltungsrichter aber die Bauversagung aufgehoben werden. Ergibt sich als die zur Verhütung einer Gefahr nötige lichte Höhe vielleicht eine solche von 2,5 m, so darf die Polizei die Genehmigung versagen, falls die Räume diese Höhe nicht erreichen sollen. Hat sie jedoch trotzdem — etwa bei einer lichten Höhe von 2,3 m — die Genehmigung erteilt, sich also mit einer geringeren Höhe begnügt, als sie in Ausübung ihres freien Ermessens zu fordern berechtigt gewesen wäre, so darf sie nicht nachträglich eine Erhöhung auf 2,5 m verlangen oder die Benutzung verbieten. Sind indes die Räume so niedrig, daß eine dringende Gefahr eintreten würde, so kann ungeachtet der Genehmigung angeordnet werden, daß die Räume zu erhöhen oder nicht ihrer Bestimmung gemäß zu benutzen sind.

II.

Stehendürfen eines Bauwerkes als angeblicher Inhalt der Bauerlaubnis.

Nach Auffassung von Rudorff bildet außer der Erklärung, daß das Gebäude errichtet werden dürfe, einen ferneren und zwar den „ausschlaggebenden" Teil der Bauerlaubnis die Erklärung, daß das Gebäude stehen dürfe, und betrifft die Bauerlaubnis neben der Vornahme einer Handlung einen dauernden Zustand [36]). Rudorff scheint auch in einem späteren Antrag auf Erlaubnis zu einem Umbau einen Antrag auf Abänderung der früheren, vielleicht vor vielen Jahren erteilten Bauerlaubnis zu erblicken [37]). Gestützt wird die Ansicht vornehmlich auf die Möglichkeit einer nachträglichen sowie auf die Möglichkeit einer vorläufigen Bauerlaubnis. Da aber die Gesetze über die Zulässigkeit und über die rechtlichen Wirkungen einer nachträglichen oder vorläufigen Bauerlaubnis nichts enthalten, kann nicht ohne weiteres von deren rechtlicher Möglichkeit ausgegangen und daraus

[36]) Rudorff a. a. O. S. 13 ff.
[37]) Rudorff a. a. O. S. 50.

Digitized by Google

auf den Inhalt der Bauerlaubnis geschlossen werden. Umgekehrt muß vielmehr erst die rechtliche Bedeutung der Bauerlaubnis feststehen, ehe über die Zulässigkeit und über die rechtlichen Wirkungen einer nachträglichen oder vorläufigen Bauerlaubnis geurteilt werden kann.

Die Bauerlaubnis erfüllt ein gesetzliches Erfordernis einer Art der Ausübung des Grundeigentums und entspricht diesem Erfordernisse. Bei einem Verbote mit Erlaubnisvorbehalt[38]) bestimmt sich die Erlaubnis nach dem Vorbehalt und der Vorbehalt nach dem Verbote. Richtet sich das Verbot, ohne Erlaubnis zu bauen, nicht nur gegen die Ausführung, sondern auch gegen das Fortbestehen des Baues und ist deshalb die polizeiliche Erlaubnis auch zum Fortbestehen des Baues erforderlich, so muß die Bauerlaubnis hierauf mitbezogen werden und ihr die rechtliche Wirkung zukommen, daß der Bau stehen darf. Richtet sich dagegen das Verbot, ohne Erlaubnis zu bauen, nur gegen die Ausführung des Baues und ist dessen Fortbestehen nicht von der polizeilichen Erlaubnis abhängig, so bewirkt diese nicht das Stehendürfen des fertigen Baues und kann nicht in der Bauerlaubnis die Erklärung, daß der Bau stehen dürfe, gefunden werden, weil ein solcher Inhalt der Bauerlaubnis unnötig und rechtlich bedeutungslos wäre. Daher fragt es sich, ob das Stehendürfen des Baues von der Bauerlaubnis abhängt.

Die Ausdrucksweise der Baupolizeiverordnungen, wonach es zu gewissen baulichen Anlagen einer baupolizeilichen Genehmigung bedarf[39]), würde allerdings die Auslegung gestatten, daß die Genehmigung nicht nur zur Herstellung der baulichen Anlagen, sondern auch zum Fortbestande der fertiggestellten Anlagen erforderlich sei. Diese Auslegung würde aber der gesetzlichen Grundlage, auf der die Vorschrift der Polizeiverordnung über das Erfordernis der Genehmigung beruht, nicht entsprechen. Das Allgemeine Landrecht bestimmt, daß von einem beabsichtigten Neubau der Obrigkeit Anzeige gemacht werden muß, daß eine besondere obrigkeitliche Erlaubnis notwendig ist, wenn eine Feuerstelle errichtet oder verlegt werden soll, daß Bauherrn und Baumeister, die dieser Vorschrift zuwiderhandeln, bestraft werden sollen, selbst wenn der Bau un-

[38]) Vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl. S. 249, Fleiner a. a. O. S. 377.

[39]) Vgl. z. B. § 27 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897.

Digitized by Google

tadelhaft befunden wird, und daß, wenn sich findet, daß ein ohne vorhergegangene Anzeige unternommener Bau schädlich oder gefährlich für das Publikum ist oder zur groben Verunstaltung einer Straße oder eines Platzes gereicht, der Bau nach Anweisung der Obrigkeit geändert, sofern aber die Änderung nicht stattfindet, wieder abgetragen werden muß [40]). An die Ausführung eines Baues ohne Einholung der erforderlichen Bauerlaubnis knüpft also das Allgemeine Landrecht die doppelte Folge, daß Bauherrn und Baumeister Strafe erleiden sollen, und daß der Bau, wenn er sich als schädlich oder gefährlich für das Publikum erweist oder zur groben Verunstaltung gereicht, geändert oder abgetragen werden muß. Davon aber, daß ein ohne polizeiliche Erlaubnis errichteter Bau auch bei untadelhafter Beschaffenheit bloß darum beseitigt werden müßte, weil es an der polizeilichen Erlaubnis zu seiner Errichtung fehlt, ist keine Rede, die polizeiliche Erlaubnis danach also nicht als eine von der polizeiwidrigen Beschaffenheit des Bauwerkes unabhängige Bedingung seines Fortbestandes anzusehen, die Bauerlaubnis nicht dazu nötig, daß der Bau stehen darf.

Strafbar war nach § 70 I 8 ALR. ein Zuwiderhandeln gegen das Verbot des Bauens ohne Erlaubnis, also die Ausführung des nicht genehmigten Baues, und auch nach der jetzt geltenden Strafvorschrift im § 367 Ziff. 15 des Deutschen Strafgesetzbuchs — ebenso wie nach § 345 Ziff. 12 des früheren Preußischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851 — ist nur die Ausführung sowie das Ausführenlassen des Baues mit Strafe bedroht. Wenn die Bauordnungen alle Zuwiderhandlungen gegen die in ihnen enthaltenen Vorschriften mit Strafe bedrohen, soweit dies nicht schon durch die Bestimmungen des Strafgesetzbuchs geschehen ist [41]), so hat doch durch das Erfordernis einer Genehmigung zu baulichen Anlagen nicht über die Bestimmung des Strafgesetzbuchs hinaus auch der Fortbestand einer nicht genehmigten Anlage für strafbar erklärt werden sollen [42]). Die Bestimmungen über das Erfordernis baupolizeilicher Genehmigung dienen zur Ausfüllung des Tatbestandes im § 367 Ziff. 15 des Deutschen Strafgesetzbuchs,

[40]) § 67, § 69 bis § 72 I 8 ALR. Mit Ausnahme der strafrechtlichen Vorschrift im § 70 gelten diese Bestimmungen noch jetzt (Art. 89 Ziff. 1 b des Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 20. September 1899).

[41]) Vgl. z. B. § 44 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897.

[42]) Ackermann a. a. O. S. 75 ff.

Digitized by Google

wollen aber nicht noch einen weiteren strafrechtlichen Tatbestand schaffen. Daher läßt sich eine Befugnis der Polizei zum Einschreiten gegen den Fortbestand eines dem materiellen öffentlichen Baurecht entsprechenden, aber nicht genehmigten Baues auch nicht daraus herleiten, daß die Polizei Verletzungen der Strafgesetze zu verhindern hat [43]).

Die vorgängige Einholung der Bauerlaubnis ist vorgeschrieben, um durch Sicherung einer wirksamen polizeilichen Überwachung die Entstehung polizeiwidriger Bauten zu verhindern, und damit zum Schutze von Leben, Gesundheit und Eigentum, die durch Errichtung eines polizeiwidrigen Baues gefährdet werden können (vgl. § 6 a, f und g des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850). Diese Güter werden aber durch einen fertigen Bau, wenn er nicht gegen das materielle Polizeirecht verstößt, trotz Fehlens der vor der Bauausführung nachzusuchenden polizeilichen Erlaubnis nicht gefährdet; das Verbot des Fortbestandes eines solchen Baues würde daher auch im Polizeiverwaltungsgesetze keine Stütze finden.

Polizeiwidrig ist, solange das Bauwerk noch nicht polizeilich geprüft worden ist, der Zustand allerdings insofern, als die Übereinstimmung mit dem materiellen Polizeirechte noch nicht festgestellt und noch nicht durch eine solche Feststellung die Sicherheit gegen eine gefährliche Beschaffenheit gewonnen ist. Daraus folgt aber nur, daß die Polizei berechtigt und verpflichtet sein muß, die Prüfung nachträglich vorzunehmen, und die beteiligten Privatpersonen sich nicht nur die Prüfung — insbesondere die Besichtigung des Bauwerkes und vielleicht auch Eingriffe in die Substanz, sofern es deren zur gründlichen Prüfung bedarf, — gefallen lassen müssen, sondern auch zur Einreichung der die Prüfung erleichternden Bauvorlagen, welche bei Einholung der baupolizeilichen Genehmigung einzureichen gewesen wären, nachträglich angehalten werden können. Dagegen würde die Niederlegung oder Abänderung eines den Anforderungen des materiellen öffentlichen Baurechts genügenden Baues mehr sein als die Anstalt, welche nötig ist, um die bloß aus Nichteinholung der Bauerlaubnis folgende Polizeiwidrigkeit zu beseitigen; das Verlangen der Niederlegung oder Abänderung würde gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit polizeilicher Anordnungen verstoßen.

---

[43]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 13 S. 392 ff.

Digitized by Google

Die Bauerlaubnis unterscheidet sich dadurch, daß nicht wegen ihres Fehlens gegen das Fortbestehen eines fertigen Baues eingeschritten werden darf, von der Ansiedlungsgenehmigung, in deren Ermangelung nach § 20 des Gesetzes vom $\frac{\text{25. August 1876}}{\text{10. August 1904}}$ die Weiterführung der Ansiedlung verhindert und die Wegschaffung der errichteten Anlagen angeordnet werden kann, und ferner auch von der durch § 16 und § 24 GewO. erforderten Genehmigung für gewisse gewerbliche Anlagen, deren Wegschaffung die Polizei beim Fehlen der Genehmigung nach § 147 Abs. 3 GewO. ebenfalls verlangen kann. In diesen Fällen bedarf es der Genehmigung zum Fortbestehen der Anlage, mithin zu einem dauernden Zustande, während von der Bauerlaubnis, wenngleich sie noch nach Ausführung des Baues gewisse Wirkungen äußert, das Fortbestehen des Bauwerkes grundsätzlich nicht abhängt.

Dem in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts feststehenden Grundsatze, daß die Polizei gegen einen fertigen Bau nicht allein darum einschreiten darf, weil er ohne polizeiliche Erlaubnis errichtet worden ist, tritt Rudorff nicht entgegen, sucht ihn aber mit seiner Lehre in Einklang zu bringen, indem er ausführt: die Polizei könne die Beseitigung eines Zustandes, den sie auf Antrag gutheißen müßte, nicht verlangen, weil sie sonst dem in der römischen Rechtsregel „dolo facit qui petit quod rediturus est“ verkörperten Rechtsgedanken zuwiderhandeln würde [44]). Dem Anspruche der Polizei auf Beseitigung des Bauwerkes stehe — so scheint Rudorff es sich zu denken — ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung entgegen. Von diesem Standpunkt aus würde der Betroffene doch nur durch Stellung des Antrags auf nachträgliche Genehmigung das polizeiliche Verlangen abwenden können. Aus dem Mangel der Genehmigung erwächst aber der Polizei überhaupt kein Anspruch auf Beseitigung oder Änderung des Bauwerkes, und es bedarf daher nicht der gesucht erscheinenden Annahme, daß die Geltendmachung eines solchen Anspruchs durch einen Gegenanspruch auf Genehmigung ausgeschlossen werde.

Von einem Verbote mit Erlaubnisvorbehalt sagt Otto Mayer, gegenüber dem unter Übertretung des Verbots geschaffenen tatsächlichen Zustande spalte sich das Verbot mit Rücksicht

[44]) Rudorff a. a. O. S. 16 ff.

Digitized by Google

auf den Erlaubnisvorbehalt: für das danach zu Erlaubende bewende es bei seiner Wirkung als Überwachungsmaßregel, für das Nichtzuerlaubende wirke es fort zur Abwehr der darin liegenden Störung. Insofern sei es nun kein formelles Verbot mehr, sondern ein sachliches, endgültiges. In einer Anmerkung fügt Otto Mayer hinzu, nur das „materielle Baurecht" führe zur Zwangsbeseitigung [45]). Regelt sich aber das polizeiliche Einschreiten gegen einen fertigen Bau nur nach den Normen des materiellen öffentlichen Baurechts und kommt es lediglich darauf an, ob danach der Bau zu erlauben gewesen wäre, so folgt hieraus, daß das formelle Verbot, ohne Erlaubnis zu bauen, mit der Fertigstellung des Baues insoweit seine Bedeutung verloren hat, also nicht mehr fortwirkt. Nur die Vorschriften des materiellen öffentlichen Baurechts wirken gegen einen fertigen Bau. Das polizeiliche Einschreiten hat, wie es sich auf eine Verletzung des formellen Verbots, ohne Erlaubnis zu bauen, nicht stützen kann, anderseits auch nicht das Bestehen eines solchen Verbots zur Voraussetzung. Denn für ein polizeiliches Einschreiten gegen einen ohne baupolizeiliche Genehmigung und unter Verletzung des materiellen öffentlichen Baurechts ausgeführten Bau ist es gleichgültig, ob es sich um eine von denjenigen baulichen Anlagen handelt, für welche eine baupolizeiliche Genehmigung erforderlich ist. Ein Fortwirken des formellen Verbots ist deshalb — abgesehen von der aus der formellen Illegalität folgenden Anwendung späteren Rechtes [46]) — zu verneinen.

Ferner läßt sich die Meinung, die Bauerlaubnis enthalte eine Erklärung über das Stehendürfen des Gebäudes, schwer mit dem Grundsatze vereinigen, daß die Polizei durch die frühere Erteilung der Bauerlaubnis nicht verhindert ist, eine Änderung des Baues zu fordern, sofern er gegen das öffentliche Baurecht verstößt [47]). Man müßte sonst wegen des Verstoßes gegen das öffentliche Baurecht die Bauerlaubnis für ungültig oder ihre Zurücknahme für statthaft erachten [48]). An den Wegfall der Bauerlaubnis würde sich aber folgerichtig die formelle Illegalität und damit die An-

[45]) Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 251 und Anm. 4 ebenda S. 251 ff.

[46]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 221 ff. Siehe auch unten S. 209 ff.

[47]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 223 ff.

[48]) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 25.

Digitized by Google

wendbarkeit späterer Rechtsnormen knüpfen, obwohl die Polizei tatsächlich zur Ausführung des Baues die Bauerlaubnis erteilt hatte. Auch würde die Polizei mit dem Wegfalle der Wirkungen der Bauerlaubnis auf dem Gebiete des freien Ermessens das Recht zur Erhöhung oder Änderung ihrer Anforderungen gewinnen. Um derartigen Folgerungen zu entgehen, müßte angenommen werden, daß die Bauerlaubnis nur insoweit ihre Geltung verliere, als sie dem öffentlichen Baurechte widerspreche, also der Inhalt der Bauerlaubnis hinsichtlich seiner rechtlichen Geltung geteilt werden [49]). Die Schwierigkeit verschwindet, wenn die Bauerlaubnis den Fortbestand des Bauwerkes überhaupt nicht gewährleistet und

---

[49]) Rudorff (a. a. O. S. 14) meint, erst der Widerruf der Bauerlaubnis, welcher möglicherweise in dem polizeilichen Einschreiten liege, berechtige zur Beseitigung des nunmehr konsenslosen Bauwerkes. Die von Rudorff in Bezug genommene Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts — Entscheidungen Bd. 56 S. 431 — sagt allerdings von einer auf Erfüllung einer zwingenden Vorschrift durch Änderung eines konsentierten Bauwerkes abzielenden polizeilichen Verfügung, sie stelle sich insoweit sachlich als Widerruf der erteilten Bauerlaubnis dar. Das entspricht nicht der oben vertretenen Auffassung, weil es danach keines Widerrufs der Bauerlaubnis bedarf, die Befolgung einer zwingenden Vorschrift des öffentlichen Baurechts vielmehr auch ohne Widerruf der Bauerlaubnis verlangt werden kann, ist aber insofern von keiner praktischen Bedeutung, als in der polizeilichen Verfügung ein stillschweigender Widerruf zu finden wäre und auch gefunden worden ist. Einen Widerruf der ganzen Bauerlaubnis hat die Entscheidung nicht angenommen, wie aus der Einschaltung des Wortes „insoweit" hervorgeht, sondern nur einen Widerruf in einem der verlangten baulichen Änderung entsprechenden Umfange. Allein der Annahme, daß von einer Bauerlaubnis ein Teil widerrufen werden könne, während der übrige Teil seine Geltung behalte, steht entgegen, daß die Erlaubnis zur Ausführung eines einheitlichen Bauvorhabens doch wohl ein einheitlicher, unteilbarer Verwaltungsakt ist (vgl. S. 228 ff. unter IV 3 b). Denkbar wäre allerdings eine Abänderung der früheren Bauerlaubnis, so daß an Stelle der früheren eine andere Bauerlaubnis träte, aber in einer Verfügung, die nur eine Änderung des baulichen Zustandes fordert, vor deren Ausführung erst noch eine baupolizeiliche Genehmigung eingeholt werden muß — wie in dem Falle der erwähnten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zur Herstellung der fehlenden Brandmauer —, kann nicht die Erteilung einer neuen oder abgeänderten Bauerlaubnis gefunden werden. — In anderen Entscheidungen hat das Oberverwaltungsgericht das polizeiliche Einschreiten gegen einen genehmigten Bau, der das öffentliche Baurecht verletzt, für zulässig erklärt, ohne von einem Widerrufe der Bauerlaubnis zu sprechen (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 29 S. 369, Bd. 34 S. 415).

Digitized by Google

darum deren Hinfälligkeit keine Voraussetzung des späteren polizeilichen Einschreitens ist [50]).

Enthält sonach die Bauerlaubnis außer der Erklärung, daß gebaut werden, nicht auch noch die Erklärung, daß das errichtete Gebäude stehen darf, so übt doch die frühere Erteilung der Bauerlaubnis nach Fertigstellung des Baues noch gewisse rechtliche Wirkungen, wie früher dargelegt worden ist: sie schließt die Folgen der formellen Illegalität bei Änderung des materiellen Baurechts sowie Erhöhung der Anforderungen im Wege des polizeilichen freien Ermessens aus. In den besonderen Fällen sodann, in denen die Bauerlaubnis die Aufhebung einer öffentlichrechtlichen Baubeschränkung für den vorliegenden Baufall bewirkt, wie es bei Bewilligung einer Ausnahme von baupolizeilichen Vorschriften und bei Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie geschieht, überdauert diese materielle Rechtsveränderung die Ausführung des Baues, und auch gegenüber dem fertigen Baue bleibt die Baubeschränkung unanwendbar. Wegen dieser fortdauernden rechtlichen Wirkungen hat die nachträgliche Erteilung der Bauerlaubnis noch Sinn und Bedeutung [51]). Ähnliches gilt von der

---

[50]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 230 ff. Nach Baltz a. a. O. S. 343 Anm. 7 Abs. 2 erlischt ein Bauschein dadurch, daß von ihm Gebrauch gemacht ist, und Ackermann — a. a. O. S. 133 — sagt, mit Beendigung des Unternehmens werde der Konsens gegenstandslos.

[51]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 228 ff.

Daß die nachträgliche Bauerlaubnis nicht ohne einen darauf gerichteten Antrag für erteilt erachtet werden dürfte, wie Rudorff ausführt (a. a. O. S. 15 ff.), kann nicht zugegeben werden, weil die Rechtswirksamkeit einer Baugenehmigung überhaupt nicht von dem Antrag abhängt. Die den Ausführungen von Rudorff zugrunde liegende Annahme (a. a. O. S. 12), daß der Antrag eine notwendige, d. h. doch wohl eine deren Rechtswirksamkeit bedingende Voraussetzung einer Bauerlaubnis sei, ist nicht richtig, die Bauerlaubnis vielmehr eine einseitige obrigkeitliche Erklärung, deren Rechtswirksamkeit weder durch einen Antrag noch durch eine Zustimmung bedingt ist. Der Antrag ist allerdings eine Voraussetzung der Geltendmachung des Rechtes auf die Bauerlaubnis, die regelmäßig auch nur auf Antrag erteilt wird, und das Fehlen des Antrags und der Zustimmung mag einen Grund zur Zurücknahme der Bauerlaubnis bilden, aber einer Bauerlaubnis ist nicht wegen Fehlens eines Antrags die Rechtswirksamkeit abzusprechen (Fleiner a. a. O. S. 175 ff. — besonders S. 182 — und S. 381 sowie S. 194 ff., ferner Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 39, 40, 272 und 277). Otto Mayer lehrt freilich, ohne Gesuch sei eine Polizeierlaubnis ungültig (a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 253), jedoch hatte er in der ersten Auflage seines Deutschen Verwaltungsrechts (Bd. 1

Digitized by Google

vorläufigen Bauerlaubnis. Die Handlung des Bauens braucht, nachdem sie ausgeführt worden ist, nicht darum rückgängig gemacht zu werden, weil die Bauerlaubnis nur vorläufig erteilt ist. Das wäre unvereinbar mit dem Grundsatze, daß durch das Fehlen der Bauerlaubnis nicht das Verlangen einer Beseitigung des Bauwerkes gerechtfertigt werden kann. In einer vorläufigen Bauerlaubnis kann vielmehr nur der Vorbehalt liegen, daß die Wirkungen, welche sonst fortdauern, später wieder wegfallen. Die Frage ist daher dieselbe wie die nach der rechtlichen Möglichkeit und Wirkung einer auflösenden Bedingung oder einer auflösenden zeitlichen Begrenzung der Bauerlaubnis [52]). Wenn es sich um einen Bau handelt, den die Bauordnung nur vorübergehend gestattet, so ist es unzutreffend, von einer vorläufigen Bauerlaubnis zu reden, weil die Dauer des Bestehens des Bauwerkes durch die Bauordnung begrenzt ist, nicht durch einen Vorbehalt bei der Bauerlaubnis [53]).

III.

Die sogenannte Dinglichkeit der Bauerlaubnis.

Die Bauerlaubnis hat nach Rudorff einen dinglichen Charakter [54]). Denkt man bei der Dinglichkeit an die unmittelbare Herrschaft über eine Sache, so ist nicht zweifelhaft, daß die Bauerlaubnis, insofern sie die Ausübung des Grundeigentums durch Aufhebung einer die Bebauung hindernden Schranke freigibt, denselben dinglichen Charakter hat wie das Grundeigentum selbst und die aus ihm fließenden Befugnisse. Rudorff meint aber mit dem dinglichen Charakter der Bauerlaubnis deren Wirkung zu-

---

S. 291) dabei bemerkt, das bedeute nicht, daß der Akt unwirksam sei, sondern nur, daß er wieder aufgehoben werden solle. Von der Polizeierlaubnis sagt Kormann (a. a. O. S. 277): „Das Gesuch erscheint hier nur als Gültigkeitsbedingung, bei deren Mangel die Erlaubnis vielleicht aufhebbar, aber keinesfalls nichtig ist." Der Zweifel ist bei der Bauerlaubnis besonders berechtigt, weil die Bauordnungen, wenn sie ein Baugesuch verlangen, davon den Anspruch auf die Bauerlaubnis abhängig machen, aber wohl nicht eine Bauerlaubnis ohne ein entsprechendes Gesuch für unzulässig erklären wollen. Mit derselben Frage wird sich diese Abhandlung unter IV 3 a S. 222 ff. beschäftigen.

[52]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 255 ff., 261 ff.

[53]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 262.

[54]) Rudorff a. a. O. S. 21.

Digitized by Google

gunsten eines jeden polizeimäßigen Vertreters des Grundstücks, namentlich späterer Eigentümer, also eine subjektive Dinglichkeit im Sinne des § 125 I 2 ALR.[55]). Dabei bleibt fraglich, ob die Bauerlaubnis nur dem Rechtsnachfolger des Antragstellers zustatten kommen soll oder einem jeden, der über das Grundstück zu verfügen berechtigt ist, ohne Rücksicht auf sein Verhältnis zu dem Antragsteller, so daß die Bauerlaubnis, welche einer Person erteilt worden ist, die zur Verfügung über das Grundstück in keiner Weise berechtigt ist, sich vielleicht nur fälschlich als Grundstückseigentümer bezeichnet hat, von dem wahren Grundstückseigentümer oder sonst zur Verfügung über das Grundstück Berechtigten benutzt werden könnte.

Die Ansicht von dem unpersönlichen Charakter der Bauerlaubnis wird von Rudorff hauptsächlich auf die nach seiner Meinung in der Bauerlaubnis enthaltene Billigung eines dauernden Zustandes, des Stehens des Gebäudes, gegründet. Ist die Meinung irrig, so fällt der Grund für den unpersönlichen Charakter der Bauerlaubnis fort. Wenn sich Rudorff auf die Ansiedlungsgenehmigung bezieht[56]), so besteht eben zwischen dieser und der Baugenehmigung der Unterschied, daß zwar die erstere einen fortdauernden Zustand betrifft, nicht aber die letztere. Allerdings übt die Bauerlaubnis nach Ausführung des Baues noch gewisse Wirkungen, und es ist anzuerkennen, daß diese Wirkungen nicht an die Person des Empfängers der Bauerlaubnis gebunden sind. Was zunächst die sogenannte formelle Legalität anlangt, welche die Anwendung späterer baurechtlicher Vorschriften auf ältere Bauwerke ausschließt, so ist der Grund hierfür nur der, daß die späteren Vorschriften nach der mutmaßlichen Absicht des Gesetzgebers auf ältere, den damaligen gesetzlichen Bestimmungen gemäß errichtete Bauwerke nicht angewendet werden sollen. Nicht ein aus der Bauerlaubnis für jeden Grundstückseigentümer herzuleitendes Recht, sondern die mutmaßliche Absicht bei Erlaß der neueren Vorschriften

---

[55]) Vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 1, 5. Aufl., § 38 S. 75 ff. Fleiner a. a. O. S. 141 § 10 Anm. 14 spricht von einem Mißbrauche, der mit dem Terminus „Dinglichkeit" getrieben werde, und weist darauf hin, daß unter Dinglichkeit Verschiedenerlei zusammengefaßt werde. Übrigens redet Rudorff selbst an einer Stelle (S. 46) von der „sogenannten" Dinglichkeit.

[56]) Rudorff a. a. O. S. 21 ff.

Digitized by Google

schließt deren Anwendbarkeit auf ältere, legal errichtete Bauwerke aus[57]). Soweit ferner die Ausübung des freien Ermessens mit Erteilung der Bauerlaubnis abgeschlossen ist, gilt dies selbstverständlich auch gegenüber künftigen Besitzern des Bauwerkes und vermag nicht ein Besitzwechsel der Polizei wieder das Recht zu verleihen, an das mit ihrer Genehmigung errichtete Bauwerk weitere Anforderungen zu stellen. Auch wird die Bewilligung einer Ausnahme von baupolizeilichen Vorschriften, wenngleich eine Einschränkung durch Resolutivbedingung möglich ist, in der Regel trotz Wechsels des Besitzers ihre Wirkung behalten, und von der Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie wird dasselbe anzunehmen sein[58]). Diese sich auf künftige Besitzer miterstreckenden Wirkungen der Bauerlaubnis berechtigen aber nicht zu einem allgemeinen Schlusse auf den unpersönlichen Charakter der Bauerlaubnis.

Wenn die Wirkungen der Bauerlaubnis, welche die Ausführung des Baues überdauern, jedem künftigen Besitzer des Bauwerkes zugute kommen, so braucht darum doch nicht bei Ausführung des Baues die Person des Antragstellers gleichgültig zu sein. Nicht in jenen auch das fertige Bauwerk schützenden Wirkungen, sondern darin, daß der Bau ausgeführt werden darf, liegt die nächste und wichtigste Folge einer Erteilung der Bauerlaubnis; bei Beurteilung der Natur der Bauerlaubnis können daher jene späteren Wirkungen nicht den Ausschlag geben. Durch die Bauerlaubnis wird eine die Ausübung des Grundeigentums verhindernde Schranke aufgehoben, aber nur für ein bestimmtes Bauvorhaben und ihrem Begriffe nach nicht notwendig zugunsten eines jeden, der über das Grundstück verfügen kann und berechtigt sein würde, die Bauerlaubnis zu beantragen. Da die Einholung einer baupolizeilichen Genehmigung vorgeschrieben ist, um eine wirksame polizeiliche Überwachung zu sichern, so scheint der Zweck der Vorschrift gegen die Annahme zu sprechen, daß es auf eine bestimmte Person nicht ankomme; denn die überwachende Behörde hat nicht nur das Unternehmen und dessen Vereinbarkeit mit dem öffentlichen Baurechte zu

[57]) Rudorff (a. a. O. S. 23 und 48) wirft dem Oberverwaltungsgerichte vor, in einer Entscheidung vom 19. Mai 1877 — Entscheidungen Bd. 2 S. 355 ff. — die Begriffe der formellen und materiellen Illegalität verwechselt zu haben. Diese Begriffe sind aber erst in der späteren Rechtsprechung entwickelt worden.

[58]) Vgl. den letzten Satz der Anm. 73 S. 216.

Digitized by Google

prüfen [59]), sondern sie hat auch ein Interesse an der Persönlichkeit dessen, der über den Bau gebietet und neben dem Bauleiter der Polizei gegenüber die Verantwortlichkeit trägt (vgl. § 367 Ziff. 15 des Deutschen Strafgesetzbuchs). Bei Ausübung des freien Ermessens kann ferner als ein Grund für oder wider Milderung der Anforderungen die Persönlichkeit des Bauherrn, der den Bau ausführen läßt, den technischen Leiter bestimmt und mit Anweisungen versieht, ins Gewicht fallen, je nachdem sie als zuverlässig bekannt ist oder umgekehrt durch leichtfertiges Verfahren bei früheren Bauten schon Anlaß zur Verschärfung der Anforderungen und Aufsicht gegeben hat [60]). Anderseits ist freilich nicht zu verkennen, daß die Beschränkung der Bauerlaubnis auf die Person des Antragstellers unter Umständen unbillig erscheinen mag, z. B. dann, wenn der Bauherr während der Bauausführung stirbt und die Erben den Bau bis zur Erlangung einer neuen baupolizeilichen Genehmigung nicht fortsetzen dürfen. Zwar würden neuere baurechtliche Vorschriften auf einen Bau, der vor ihrem Inkrafttreten legal begonnen worden ist und nur einheitlich beurteilt werden kann, vielleicht nicht angewendet zu werden brauchen, aber durch abweichende Ausübung des freien Ermessens bei Erteilung der Bauerlaubnis an die Rechtsnachfolger könnte die Fortsetzung des Baues in hohem Grade erschwert werden.

So fehlt es nicht an Erwägungen, die für und gegen die Beschränkung der Bauerlaubnis auf eine bestimmte Person sprechen. Die Frage kann daher nicht allgemein nach dem Wesen der Bauerlaubnis entschieden werden, sondern nur nach Maßgabe der über Einholung der Bauerlaubnis geltenden positiven Rechtsnormen. Aus § 367 Ziff. 15 des Deutschen Strafgesetzbuchs ist für die Frage nichts zu entnehmen, weil dort reichsgesetzlich weder über die Fälle, in denen eine baupolizeiliche Genehmigung erforderlich ist, noch über die Tragweite der erteilten Genehmigung etwas bestimmt ist, beides vielmehr nach Landesrecht beurteilt werden muß. Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Pflicht zur Erstattung einer Anzeige von einem beabsichtigten Neubau und über die Notwendigkeit besonderer obrigkeitlicher Erlaubnis — § 67 ff. I 8 ALR. — geben keinen sicheren Aufschluß darüber, ob die Bau-

[59]) Abweichend Ackermann a. a. O. S. 52 ff., 139 ff.
[60]) Vgl. Baltz a. a. O. S. 340 Anm. 14.

Digitized by Google

erlaubnis nur für die Person des Antragstellers gilt oder auch für andere, die auf dem Grundstücke bauen wollen. Diese Vorschriften können aber durch Polizeiverordnungen erläutert und ergänzt werden. Wenngleich ein ausdrücklicher Hinweis auf die besonderen Polizeigesetze eines jeden Ortes — wie im § 82 I 8 betreffs der in den §§ 78—81 berührten Gegenstände — hinsichtlich der §§ 67 ff. fehlt, so hat doch in der Verwaltung und Rechtsprechung über die Zulässigkeit von Polizeiverordnungen, die erläuternde oder ergänzende Vorschriften über die Einholung einer baupolizeilichen Genehmigung enthalten, kein Zweifel bestanden [61]). Auf Ergänzung der landrechtlichen, die Einholung baupolizeilicher Erlaubnis betreffenden Bestimmungen durch besondere Polizeiverordnungen hat bereits ein Ministerialreskript vom 25. November 1838 verwiesen [62]). Jetzt haben derartige Polizeiverordnungen im § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 ihre weitere rechtliche Grundlage. Die Aufzählung der Fälle, in denen es der Einholung einer Bauerlaubnis bedarf, wird stets als zulässiger Bestandteil einer Polizeiverordnung angesehen [63]), und ebensowenig wird die Gültigkeit einer die Dauer der Bauerlaubnis begrenzenden Bestimmung beanstandet [64]). Wie aber eine Baupolizeiverordnung bestimmen kann, daß von der Bauerlaubnis nach Ablauf eines gewissen Zeitraums nicht mehr Gebrauch gemacht werden darf, so kann sie auch unbedenklich bestimmen, daß dies durch keinen anderen außer dem Antragsteller, für den der Bauschein ausgestellt ist, geschehen darf. Der Inhalt der Baupolizeiverordnung ist also entscheidend. Außerhalb des Gebiets des Allgemeinen Landrechts, wo über die Einholung einer Bauerlaubnis keine sonstigen gesetzlichen

---

[61]) Biermann a. a. O. S. 137 ist anderer Meinung, erkennt aber an, daß seine Meinung von den Polizeibehörden nicht geteilt wird. In dem Werke „Baupolizei" (3. Ausg. S. 650) beruft sich v. Rönne auf § 82 I 8 ALR., wie wenn sich dieser Paragraph auch auf die §§ 65 ff. bezöge.

Wenn unter II S. 201 ff. angenommen ist, durch Polizeiverordnung dürfe nicht die Erlaubnis zum Fortbestehen eines Bauwerkes verlangt werden, so würde darin nicht bloß eine Erläuterung oder Ergänzung der landrechtlichen Vorschriften, sondern eine grundsätzliche Abweichung von diesen Vorschriften liegen.

[62]) v. Rönne a. a. O. S. 645.

[63]) Vgl. Ackermann a. a. O. S. 83 ff.

[64]) Vgl. z. B. § 29 Ziff. 3 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897.

Digitized by Google

Vorschriften bestehen und nur die Verordnung über die Polizeiverwaltung vom 20. September 1867 als rechtliche Grundlage in Betracht kommt, kann die Maßgeblichkeit des Inhalts der Baupolizeiverordnungen noch weniger in Frage gezogen werden [65]).

Darüber, ob beim Wechsel des Bauherrn eine neue Bauerlaubnis erforderlich ist, findet sich in den Bauordnungen selten ein ausdrücklicher Ausspruch, zuweilen aber doch im verneinenden oder bejahenden Sinne [66]). Die Bauordnungen pflegen im übrigen vorzuschreiben, daß die Bauvorlagen von dem Bauherrn und dem verantwortlichen Bauleiter zu unterschreiben sind, heben zum Teil auch die Verantwortlichkeit dieser Personen hervor [67]). Wird hiermit kundgegeben, daß die Polizei ein Interesse daran hat, außer der Person des Bauleiters auch die des Bauherrn zu kennen, und wissen will, an wen sie sich als Bauherrn zu halten hat, so kann man nicht wohl meinen, daß ein anderer, nachdem er Eigentümer des Baugrundstücks geworden ist, auf Grund der dem Rechtsvorgänger erteilten Bauerlaubnis ohne Zustimmung der Polizei und, ohne daß sie von

[65]) Vgl. Biermann a. a. O. S. 138.

[66]) Während im § 5 Abs. 4 der Bauordnung für Erfurt vom 18. Februar 1905 und im § 19 Ziff. 1 und 2 der Polizeiverordnung über die Bauten in den Städten des Regierungsbezirks Oppeln vom $\frac{\text{1. April 1903}}{\text{29. Mai 1910}}$ die Übertragung der Bauerlaubnis auf einen anderen Bauherrn für statthaft erklärt und nur eine Pflicht zur Anzeige auferlegt wird, wird nach § 5 Ziff. 4 der Baupolizeiverordnung für Breslau vom 19. Mai 1908, wo es heißt:

> Der Bauschein kann seitens der Baupolizeiverwaltung auf einen andern Bauherrn übertragen werden. Die Übertragung ist von dem bisherigen und von dem neuen Bauherrn — — zu beantragen.

und nach § 4 Abs. 5 der Baupolizeiverordnung für das platte Land des Regierungsbezirkes Breslau vom 1. Juli 1910, wo gesagt ist:

> Für letzteren (nämlich den neuen Bauherrn) bedarf es — — einer neuen Baugenehmigung.

eine neue Bauerlaubnis oder doch ein neuer Akt der Baupolizeiverwaltung verlangt.

[67]) Vgl. z. B. Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897 § 28 Ziff. 5, für die Vororte von Berlin vom 30. Januar 1912 § 2 Ziff. 5, für Halle a. S. vom 9. Juni 1910 § 2 Abs. 2 b—d und § 8, für Coblenz vom 26. Februar 1908 § 4 Ziff. 3, Ziff. 5 c und § 9 Ziff. 1, für Essen vom 15. Mai 1907 § 3 Ziff. 4, § 9 und § 11, für Posen vom 31. März 1903 § 3 Abs. 3 und § 7 Abs. 4, für Cassel usw. vom 5. März 1913 § 3 Ziff. 6, § 6 Ziff. 1 und 2, für gewisse im Landkreise Elbing belegene Ortschaften vom 26. Januar 1912 § 3 A, für die Städte der Provinz Pommern vom 7. März 1903 § 3 Abs. 6.

Digitized by Google

dem Wechsel des Bauherrn auch nur Kenntnis zu erhalten brauchte, bauen darf. Vielmehr ist anzunehmen, daß dann wenigstens eine Pflicht zur Anzeige auferlegt sein wird. In der Tat bestimmen sehr viele — wohl die meisten — neueren Bauordnungen, daß von einem Wechsel des Bauherrn, ebenso wie von einem Wechsel des Bauleiters, binnen kurz bemessener Frist Anzeige erstattet werden muß [68]). In derartigen Bestimmungen mag das stillschweigende Anerkenntnis zu finden sein, daß dem Rechtsnachfolger gestattet ist, gemäß der dem Rechtsvorgänger erteilten Erlaubnis zu bauen. Zwingend ist der Schluß aber nicht, weil ein polizeiliches Interesse, von dem Wechsel des Bauherrn Kenntnis zu erhalten, auch dann nicht ausgeschlossen ist, wenn die Bauerlaubnis nur für den früheren Bauherrn Geltung hat. So verlangt die Baupolizeiverordnung für das platte Land des Regierungsbezirkes Breslau vom 1. Juli 1910, obgleich sie ebenfalls eine Mitteilung vom Wechsel des Bauherrn vorschreibt, nach § 4 Abs. 5 außerdem für den neuen Bauherrn eine neue Bauerlaubnis. Enthält eine Bauordnung, was die Regel ist, hierüber keine ausdrückliche Bestimmung, so ist es eine Frage der Auslegung, ob aus einer Vorschrift über die Pflicht zur Anzeige vom Wechsel des Bauherrn auf Geltung der Baugenehmigung für den späteren Bauherrn zu schließen ist; jedoch wird meist wohl eine Bejahung der Frage gerechtfertigt sein. Es gibt indes Bauordnungen, die von einem Wechsel des Bauherrn überhaupt nicht sprechen und eine Anzeigepflicht für solchen Fall nicht vorsehen. Wo das Korrelat der Anzeigepflicht fehlt und sich auch sonst keine Hindeutung darauf findet, daß die Bauerlaubnis nicht nur für eine bestimmte Person gelten soll, kann es gegenüber den Bestimmungen über Unterzeichnung der Bauvorlagen und Verantwortlichkeit des Bauherrn nicht als im Sinne der Bauordnung liegend erachtet werden, daß ein späterer Erwerber des Baugrundstücks auf Grund der dem Rechtsvorgänger erteilten Erlaubnis ohne weiteres bauen darf. Dabei ist auch die Fassung des Bau-

[68]) Vgl. z. B. Baupolizeiverordnung für Halle a. S. vom 9. Juni 1910 § 8 Ziff. 1, für Coblenz vom 26. Februar 1908 § 4 Ziff. 5 c, für Essen vom 15. Mai 1907 § 10, für Goslar vom 11. Juni 1906 § 9 Abs. 2, für Posen vom 31. März 1903 § 3 Abs. 5, für Cassel usw. vom 5. März 1913 § 6 Ziff. 3, für Düsseldorf vom 8. Mai 1907 § 2 Ziff. 4, für Dortmund vom 28. Januar 1908 § 7 Ziff. 1 b, für Kreuznach vom 1. September 1911 § 4 Ziff. 5 c, für gewisse im Landkreise Elbing belegene Ortschaften vom 26. Januar 1912 § 3 A c usw.

Digitized by Google

scheins zu berücksichtigen, nach der einer bestimmten Person die Erlaubnis zum Bauen erteilt wird [69]), die Behörde also nicht erklärt, daß sie jedem, der über das Grundstück verfügen darf, oder doch außer dem Antragsteller allen seinen Rechtsnachfolgern das Bauen gestatte [70]).

Eine genauere, das Interesse der Beteiligten ebenso wie das der Polizei wahrende Regelung der immerhin nicht unzweifelhaften Frage, ob es beim Wechsel des Bauherrn einer Erneuerung der Bauerlaubnis bedarf, sollte bei Abfassung der Baupolizeiverordnungen nicht unterbleiben. Allgemein kann für Preußen nicht der Grundsatz aufgestellt werden, daß die Bauerlaubnis nicht nur für den Antragsteller, sondern auch für die Rechtsnachfolger gelte, was in anderen Bundesstaaten, wo das öffentliche Bauwesen durch Landesgesetz geregelt ist, zutreffen mag [71]).

---

[69]) Siehe Muster bei Baltz a. a. O. S. 592.

[70]) Die Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897 (vgl. § 28 ff.) schweigt über einen Wechsel des Bauherrn oder Bauleiters. In den „Allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften" — Anlage A des Musters zum Bauscheine — heißt es unter Ziff. 1 Abs. 3: „Jeder eintretende Wechsel in der Person des Bauausführenden ist dem Polizeirevier sowie der Baupolizeibehörde alsbald anzuzeigen." (Baltz a. a. O. S. 595.) Von einem Wechsel des Bauherrn ist dort keine Rede und daraus zu ersehen, daß es hier eines neuen Bauscheins bedarf, weil sonst auch für diesen Fall eine Anzeigepflicht auferlegt sein würde (vgl. Baltz a. a. O. S. 126). Da die Baupolizeiverordnung für das platte Land des Regierungsbezirkes Potsdam vom 26. September 1913 im § 4 Ziff. 5 — ebenso wie die Baupolizeiverordnung für die zum Landespolizeibezirke Berlin gehörigen, außerhalb der Ringbahn belegenen Teile von Charlottenburg usw. vom 26. März 1912 und die Baupolizeiverordnung für die Vororte von Berlin vom 30. Januar 1912 im § 3 Ziff. 5 — nur beim Wechsel in der Person des Bauleiters eine Anzeige vorschreibt, nicht auch beim Wechsel in der Person des Bauherrn, so ist danach ebenfalls anzunehmen, daß beim Wechsel des Bauherrn eine neue Bauerlaubnis nötig ist. Keine Vorschrift über eine Anzeige vom Wechsel des Bauherrn enthalten ferner u. a. die Baupolizeiverordnungen für Westpreußen (Städte) vom 13. Juni 1891, für Westpreußen (Plattes Land) von demselben Tage, für die Städte der Provinz Pommern vom 7. März 1903, für das platte Land der Provinz Pommern von demselben Tage, für Königsberg i. Pr. vom 7. März 1911.

[71]) Nach § 125 Abs. 2 der badischen Landesbauordnung vom 1. September 1907, wo vorgeschrieben ist, daß von einem Wechsel in der Person des Bauherrn sofort Anzeige zu machen ist, wird angenommen, daß ein solcher Wechsel die Wirksamkeit der Bauerlaubnis nicht berühre (Roth a. a. O. S. 303 Anm. 2 c). Zu dem Allgemeinen Baugesetze für das Königreich Sachsen vom

Digitized by Google

Soweit nach Maßgabe der einzelnen Bauordnung anzunehmen ist, daß die Bauerlaubnis auch für die Rechtsnachfolger gilt, ist nicht an einen Übergang des Rechtes aus der Bauerlaubnis zu denken, weil diese ein subjektives Recht, welches übergehen könnte, überhaupt nicht erzeugt [72]). Wenn eine Rechtsnorm, welche die Bauerlaubnis erfordert, dahin aufzufassen ist, daß dem Erfordernisse durch Erteilung der Bauerlaubnis genügt ist, gleichviel ob der Antragsteller selbst oder sein Rechtsnachfolger baut, so fällt durch Erteilung der Bauerlaubnis bezüglich des Bauvorhabens das Verbot zu bauen ohne Rücksicht auf einen Wechsel des Eigentümers nach der die Notwendigkeit der Bauerlaubnis regelnden Rechtsnorm fort. Das Hindernis der Ausübung des Grundeigentums ist insoweit beseitigt. Daher braucht hier nicht die Miterteilung einer Polizeierlaubnis an unbekannte Personen vorausgesetzt zu werden [73]).

1. Juli 1900 bestimmt die Ausführungsverordnung von demselben Tage im § 35, daß bei Veränderungen in der Person des Bauherrn von dem neuen Bauherrn durch unterschriftliche Vollziehung der Baupläne die Verantwortung übernommen sein müsse, ehe der Bau begonnen oder fortgesetzt werden dürfe. Danach nehmen Apelt (a. a. O. S. 123) und Rumpelt (a. a. O. S. 236 Anm. 3 zu § 150) einen Übergang der Bauerlaubnis auf den Rechtsnachfolger an. Zweifelsfrei bestimmt ferner die großherzoglich hessische Bauordnung vom 30. April 1881 im Art. 74 Abs. 2:

> Die Baugenehmigung wird für den Gegenstand der Bauausführung erteilt und kann daher auf einen anderen Bauherrn übertragen werden. Von einem derartigen Wechsel in der Person des Bauherrn muß der Lokalpolizeibehörde durch den bisherigen und den neuen Bauherrn schriftliche Anzeige gemacht werden.

[72]) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 382 und Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 255.

[73]) Einer solchen Konstruktion (vgl. Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 257 sowie die ihm folgenden Fleiner a. a. O. S. 142 und Ackermann a. a. O. S. 52 ff.) scheint es mir nicht zu bedürfen, wenn die Bauerlaubnis nur ein Verbot der Ausübung des Grundeigentums in gewissem Umfang aufhebt, keine Rechte begründet. Der Grundsatz, daß der jeweilige Eigentümer Träger der Rechte sei, läßt sich strenggenommen wohl nicht verwerten, wenn durch den Verwaltungsakt kein Recht entsteht und keine Änderung des materiellen Rechtes eintritt (siehe Fleiner a. a. O. S. 142 im Vergleiche mit S. 382 ebenda). Wird durch Bewilligung einer Ausnahme von einer baupolizeilichen Vorschrift oder durch Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie das materielle Baurecht des Grundstückseigentümers zu seinen Gunsten geändert, so kommt allerdings diese Änderung des materiellen Rechtes, wenn sie nicht auf die Person eines bestimmten Grundstückseigentümers beschränkt ist, dem späteren Erwerber darum zustatten, weil das Grundstückseigentum mit der Änderung auf ihn übergegangen ist.

Digitized by Google

IV.
Baubedingungen.

1. Rudorffs Ansicht.

Besonders eingehende Erörterungen widmet Rudorff den Baubedingungen [74]). Zunächst unterscheidet er zwischen echten Baubedingungen, die notwendige Bestandteile der Bauerlaubnis seien, und unechten Baubedingungen, die nur äußerlich neben der Bauerlaubnis ständen [75]), und unter den echten Baubedingungen wieder neben wirklichen Bedingungen unmittelbare und mittelbare Maßgaben, je nachdem sie den Antrag hinsichtlich des Platzes und der Gestaltung des Bauwerkes unmittelbar oder nicht unmittelbar berühren. Die Maßgaben werden aufgefaßt als begrenzte oder teilweise Versagung der Bauerlaubnis, woraus gefolgert wird, daß die einzelne Maßgabe als solche selbständig angefochten werden könne [76]). Rudorff wendet sich gegen die Auffassung der Maßgaben als polizeilicher Ge- oder Verbote [77]), aber auch gegen die Meinung, daß die Hinzufügung einer Maßgabe einerseits die Ablehnung einer Genehmigung des vorgelegten Bauplans und anderseits die Genehmigung eines abgeänderten Bauplans enthalte. Genehmigt werde nicht ein anderer Plan, sondern ungeachtet der Maßgabe der eingereichte, weil die Maßgabe durch den Antrag gedeckt werde [78]).

Vorweg sei bemerkt, daß sich Rudorff mehrfach auf § 155 des früheren Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 beruft [79]), aber die Rechtslage jetzt eine ganz andere ist. Nach § 155 des früheren Zuständigkeitsgesetzes hatte der Verwaltungsrichter auf Klagen gegen Verfügungen der Ortspolizeibehörde zu entscheiden, durch welche ein Baukonsens versagt oder unter Bedingungen erteilt worden war oder nachträglich Baubedingungen auferlegt worden waren. Damit war eine besondere Klage gegen derartige Verfügungen gegeben und der Verwaltungsrichter ermächtigt, gleich der Ortspolizeibehörde über Erteilung der Bauerlaubnis und Auf-

[74]) Rudorff a. a. O. S. 29 ff.
[75]) A. a. O. S. 31.
[76]) A. a. O. S. 42.
[77]) A. a. O. S. 39.
[78]) A. a. O. S. 36.
[79]) Rudorff a. a. O. S. 11, 36, 37, 42, 52.

Digitized by Google

erlegung von Baubedingungen zu entscheiden [80]). Mit Aufhebung des früheren Zuständigkeitsgesetzes durch das jetzt geltende vom 1. August 1883 ist diese besondere Klage fortgefallen [81]) und nunmehr die Anfechtung der Versagung einer Bauerlaubnis oder der Auferlegung von Baubedingungen lediglich nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen zu beurteilen [82]). Aus einer Bestimmung, die aufgehoben ist, läßt sich nicht erkennen, wie das geltende preußische Recht die Baubedingungen auffaßt und behandelt.

---

[80]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 5 S. 379.

[81]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 12 S. 370, Bd. 14 S. 383.

[82]) Daß dahin auch die Absicht bei Weglassung einer dem § 155 des früheren Zuständigkeitsgesetzes entsprechenden Bestimmung gegangen ist, ergeben die Materialien des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883. In der Begründung des Entwurfes wurde hierzu bemerkt, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel erscheine nicht angezeigt (Begründung S. 30, Drucksachen des Hauses der Abgeordneten von 1882/83 Nr. 44), und in dem Berichte der Abgeordnetenhauskommission wurde gesagt, die frühere Bestimmung sei in dem Entwurfe weggelassen, weil man als selbstverständlich angenommen habe, daß Verfügungen über Erteilung oder Versagung von Baukonsensen wie alle polizeilichen Verfügungen zu behandeln seien. Wenn gleichwohl die Kommission des Abgeordnetenhauses die Aufnahme folgenden Zusatzes vorschlug:

> Verfügungen über Erteilung oder Versagung von Baukonsensen unterliegen der Anfechtung nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 127 ff. des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung —,

so sollte diese Fassung die Schwierigkeiten beseitigen, welche durch die ausschließliche Erwähnung der Ortspolizeibehörde im früheren § 155 hervorgerufen seien, und außerdem die Möglichkeit gewähren, daß auch ein Dritter die Erteilung des Baukonsenses anfechten könne (Bericht der Abgeordnetenhauskommission S. 105, Drucksachen des Hauses der Abgeordneten von 1882/83 Nr. 158). In dem Plenum des Abgeordnetenhauses erklärte der Abgeordnete v. Zedlitz, es genüge, wenn die betreffende Bestimmung weggelassen werde, dann trete die Regel für polizeiliche Verfügungen ein, und auch der Berichterstatter, welcher die Annahme des Vorschlags der Kommission empfahl, äußerte, es solle das gewöhnliche Beschwerde- oder Klageverfahren wie gegen alle polizeilichen Verfügungen eintreten. Das Abgeordnetenhaus beschloß zunächst den von seiner Kommission empfohlenen Zusatz (Verhandlungen des Abgeordnetenhauses von 1883 S. 1707 ff.), kam aber später nicht wieder auf ihn zurück (a. a. O. S. 2034), nachdem das Herrenhaus den Zusatz gestrichen hatte (Verhandlungen des Herrenhauses von 1883 S. 250) und in dem Berichte der Herrenhauskommission wieder darauf hingewiesen worden war, daß nach der Begründung des Entwurfes alle Verfügungen, durch welche ein Bau-

Digitized by Google

2. Notwendigkeit der Baubedingungen.

Die Auferlegung einer Baubedingung im weiteren Sinne — eine Einschränkung der Bauerlaubnis — darf nicht unterbleiben, wenn die Ausführung eines dem Plane entsprechenden Baues ohne Erfüllung der Bedingung unzulässig sein würde, entweder wegen Verstoßes gegen eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Baurechts oder beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eines freien polizeilichen Ermessens nach dem Ergebnisse dieses Ermessens. Wenn das Bauvorhaben an sich unzulässig ist, besteht auch nicht ein Recht auf eine bedingte Bauerlaubnis, und es hängt ab vom freien Ermessen der Polizei, ob sie die Baugenehmigung einfach ablehnen oder unter Bedingungen erteilen will, welche die Entstehung eines unzulässigen Zustandes ausschließen. Pflichtwidrig aber verfährt die Polizei, wenn sie die Bauerlaubnis ohne die zur Ausschließung eines solchen Zustandes erforderliche Bedingung ausspricht. Unterläßt die Polizei gleichwohl in einem solchen Falle bei Erteilung der Bauerlaubnis die Hinzufügung der Bedingung, so gelten für die Frage, ob die Polizei nachträglich im Sinne der fehlenden Bedingung einschreiten darf — sei es während der Bauausführung durch Verhinderung der Fortsetzung des Baues unter

---

konsens versagt oder erteilt werde, wie gewöhnliche Polizeiverfügungen behandelt werden sollten (Bericht der Herrenhauskommission S. 70, Drucksachen des Herrenhauses von 1882/83 Nr 77).

Dieser Verlauf läßt keinen Zweifel darüber, daß sich die Anfechtung der Entscheidungen über Bauerlaubnis unter Beseitigung der früheren Sondervorschrift lediglich nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen regeln sollte, und daß namentlich für Anfechtung von Baubedingungen nichts anderes beabsichtigt war. Freilich erhellt nicht, daß die Tragweite des Wegfalls der früheren Sondervorschrift im vollen Umfange, namentlich hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Baubedingungen, erkannt worden wäre. Ebensowenig geht daraus — wie nebenher erwähnt sein mag — die klare Erkenntnis hervor, daß die allgemeinen Rechtsbehelfe gegen polizeiliche Verfügungen nicht gegen die Erteilung des Baukonsenses als solche gegeben sind; allerdings sind rechtliche Bedenken hervorgehoben worden, die der Zulassung einer Anfechtung des Baukonsenses durch Dritte entgegenstehen (Verhandlungen des Abgeordnetenhauses a. a. O. S. 1707 ff. — Vgl. hierüber Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 214 ff., Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 14 S. 378 ff., besonders S. 383. So auch Roth a. a. O. S. 285 ff.; anders im Königreiche Sachsen nach der Rechtsprechung des dortigen Oberverwaltungsgerichts, vgl. Apelt a. a. O. S. 165 ff., Fleiner a. a. O. S. 147 Anm. 36 und S. 165 Anm. 24).

Digitized by Google

Zurücknahme der unbedingten Bauerlaubnis, sei es nach Beendigung des Baues durch entsprechende Anordnungen —, dieselben Grundsätze wie für jedes der Erteilung der Bauerlaubnis widersprechende nachträgliche polizeiliche Einschreiten. Bei dem Verstoße gegen eine zwingende Norm des öffentlichen Baurechts ist das spätere Einschreiten ungeachtet der früheren Bauerlaubnis statthaft und geboten. Bei dem Verstoße gegen eine Vorschrift, von welcher die Ortspolizeibehörde eine Ausnahme bewilligen darf, kommt es darauf an, ob in der Bauerlaubnis eine Ausnahmebewilligung zu finden ist[83]), und bei einer Überschreitung der Fluchtlinie darauf, ob in der Bauerlaubnis eine Genehmigung der Überschreitung liegt[84]). Wenn die Ausnahme als bewilligt und die Überschreitung der Fluchtlinie als genehmigt anzusehen ist, so kommt es weiter an auf die Zulässigkeit eines Widerrufs. Handelt es sich aber um das freie Ermessen, zu dem die Polizei beim Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen des § 10 II 17 ALR. oder nach einer nur „auf Verlangen der Ortspolizeibehörde" anzuwendenden Polizeiverordnungsvorschrift berechtigt ist, so steht dem späteren Einschreiten der Grundsatz von der Unabänderlichkeit dieses Ermessens, soweit er keine Einschränkungen erleidet[85]), entgegen. Es ist danach zu prüfen, ob der Fall einer Einschränkung des Grundsatzes gegeben ist, was insbesondere dann — aber nicht bloß dann — zutrifft, wenn das öffentliche Interesse ein polizeiliches Einschreiten unabweisbar erheischt und daher durch die uneingeschränkte Bauerlaubnis die „Grenze der Schädlichkeit" überschritten ist.

Abgesehen von denjenigen Fällen, in welchen Baubedingungen notwendig sind, um die Ausführung eines unzulässigen Baues zu verhindern, kann es vorkommen, daß die Baupolizei bei Erteilung der nachgesuchten Erlaubnis zur Ausführung eines rechtlich zulässigen Baues Anlaß hat, zur Regelung der künftigen Zustände, wie sie nach der Bauausführung zu erwarten sind, Anordnungen zu treffen, z. B. bezüglich der Benutzung des Bauwerkes, der Einrichtung des Vorgartens, des Anschlusses an eine Kanalisation oder Wasserleitung[86]). Derartige Anordnungen, die ungeachtet des

[83]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 233 ff.

[84]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 239 ff.

[85]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 226 ff.

[86]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 250 und Ackermann a. a. O. S. 68.

Digitized by Google

Rechtes auf Erteilung der Bauerlaubnis neben dieser, aber auch für sich erlassen werden können, sind zwar ebenfalls durch die Ausführung des Baues bedingt, jedoch von den Baubedingungen zu sondern, die die Ausführung eines unzulässigen Baues verhindern.

Indes nötigt unter Umständen die Rücksicht auf künftige Verhältnisse, die nicht unmittelbar durch die Bauausführung entstehen, zu einer Beanstandung des Bauplans oder Auferlegung einer Baubedingung. Ergibt sich aus den Bauvorlagen die Bestimmung des Bauwerkes oder einzelner Räume zu einem Zwecke, für welchen sich das Bauwerk oder die einzelnen Räume nicht eignen — z. B. die Bestimmung zum dauernden Aufenthalte von Menschen —, so darf die Bauerlaubnis nicht ohne Einschränkung erteilt werden, sondern die Baupolizei hat sich bei Entscheidung über das Baugesuch darüber auszusprechen, inwieweit die nach den Bauvorlagen beabsichtigte Verwendung unstatthaft ist. In der Genehmigung der Errichtung eines Gebäudes muß auch eine Genehmigung der in den Bauvorlagen angegebenen Bestimmung des Gebäudes gefunden werden, zwar nicht eine Erklärung, daß das Gebäude, wenn es sich um ein Wohnhaus handelt, dauernd als Wohnhaus dienen darf, wohl aber mit der Erklärung, daß das Gebäude als Wohnhaus errichtet und als solches in Gebrauch genommen werden darf, die Anerkennung, daß den an ein Wohnhaus zu stellenden Anforderungen genügt ist: die in Ausübung des freien Ermessens getroffene Entscheidung über das Maß des polizeilich Erforderlichen gilt für ein Wohnhaus. Anlangend ferner einen Vorgarten, so kann sich aus den in dem Bauplane vorgesehenen Läden und Ladeneingängen die Absicht ergeben, den Vorgarten in gewissem Umfange zu gewerblichen Zwecken zu benutzen, und dieser Zusammenhang es notwendig machen, bei Entscheidung über das Baugesuch die Zulässigkeit einer solchen Benutzung des Vorgartens zu prüfen[87]). Für ein späteres Benutzungsverbot muß in derartigen Fällen dasselbe gelten, was vorher von einem Einschreiten nach Unterlassung der Hinzufügung einer notwendigen Baubedingung gesagt worden ist.

---

[87]) Die Bemerkung in einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts — Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 24 S. 329 r. —, die Baupolizei sei nicht verpflichtet, vor Erteilung der Bauerlaubnis zu prüfen, ob bei Benutzung des Gebäudes polizeiliche Interessen gefährdet werden können, trifft also nicht allgemein zu.

Digitized by Google

3. Berichtigungen des Bauvorhabens durch die Baupolizeibehörde.

a) Zulässigkeit.

Den von der Bauausführung zu befürchtenden Mißständen kann die Polizei zunächst dadurch vorbeugen, daß sie das Bauvorhaben in einzelnen Punkten abändert und die Genehmigung mit der Maßgabe erteilt, daß diese Abänderung berücksichtigt werden muß. Rudorff erwägt, wie es zu erklären sei, daß ein Bauantrag trotz Veränderung seines Inhalts rechtsverbindlich für den Antragsteller genehmigt werden könne, und stellt den Grundsatz auf, daß eine Erlaubnis unter Bedingungen, insbesondere mit Maßgaben, doch durch den Antrag gedeckt werde [88]). Dabei muß aber zwischen der Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung und der Gebührenpflicht des Antragstellers unterschieden werden.

Die Baugenehmigung ist eine einseitige Erklärung der Baupolizeibehörde. Einer Zustimmung bedarf es zu deren Rechtswirksamkeit nicht [89]). Wenngleich zur Geltendmachung des Anspruchs auf die Baugenehmigung ein Gesuch erforderlich ist und die Baugenehmigung regelmäßig nur auf ein Gesuch erteilt wird, so ist doch die Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung nicht von dem Gesuch abhängig, so wenig wie sie von der Vollständigkeit der vorgeschriebenen Bauvorlagen abhängt. Erklären die Bauordnungen ein Baugesuch oder einen Antrag auf Bauerlaubnis für notwendig, so hat das Erfordernis bei der Üblichkeit einer Berichtigung des Bauvorhabens durch die Baupolizeibehörde doch nicht die Bedeutung, daß die Erlaubnis zu einem dem Gesuch oder Antrage nicht überall entsprechenden Bauvorhaben für unzulässig erklärt werden soll. Kann somit aus einer Abweichung von dem Baugesuche kein Bedenken gegen die Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung hergeleitet werden, so bedarf es nicht der Annahme, daß das Gesuch etwaige Abweichungen vom Bauplane — Maßgaben — mitumfasse. Eine solche Annahme müßte daran scheitern, daß sich die Grenze, bis zu welcher das Baugesuch etwaige Abweichungen deckt, gar nicht ziehen ließe. Rudorff will die Grenze dahin bestimmen, daß die Genehmigung unter Bedingungen immer noch als Erledigung des ge-

---

[88]) Rudorff a. a. O. S. 36.

[89]) Vgl. Anm. 51 S. 207 ff.

Digitized by Google

stellten Antrags zu betrachten sein müsse, nicht der Vorschlag für einen anderen, nicht beantragten Bau darin zu erblicken sein dürfe [90]). Dadurch ist aber die Frage, welcher Art die Abweichung sein könne, ohne daß der Bau als ein anderer erscheine, nicht entschieden, und die Auffassung des Lebens gewährt, wenn diese maßgebend sein soll, keinen sicheren Anhalt für Beurteilung der Wesentlichkeit der Abweichung. Außerdem würde die Annahme, daß die Maßgaben der Bauerlaubnis durch den Antrag gedeckt seien, im Widerspruche damit stehen, daß die Maßgaben eine Versagung oder teilweise Versagung der Bauerlaubnis enthalten und als solche der Anfechtung unterliegen; denn wenn der Antrag die Maßgaben deckt, die Maßgaben also innerhalb des Antrags liegen, so folgt daraus, daß die Bauerlaubnis ungeachtet der Maßgaben dem Antrag entspricht und keine Ablehnung des Antrags enthält. — Für die Ansicht, daß der Antrag etwaige Baubedingungen decke, macht Rudorff geltend, daß die Baubedingungen nicht darum angefochten werden können, weil der Antragsteller ihnen nicht zugestimmt hat [91]). Darauf ist zu erwidern, daß die Erteilung der Bauerlaubnis, welcher Art sie auch sei, also auch die Erteilung unter gewissen Bedingungen, ohne Rücksicht auf das Fehlen der Zustimmung, keinen Grund zur Anfechtung bietet, weil die Erteilung der Bauerlaubnis den Empfänger nicht beschwert. Anfechtbar ist vielmehr immer nur die Ablehnung der Bauerlaubnis und, falls die Bauerlaubnis unter Bedingungen erteilt ist, die Ablehnung der beantragten uneingeschränkten Bauerlaubnis, wie im folgenden noch näher dargelegt werden wird. Die Anfechtung kann nur Erfolg haben, wenn ein Anspruch auf Erteilung der uneingeschränkten Bauerlaubnis besteht; darauf allein kommt es an. Fehlt ein solcher Anspruch, so braucht nicht eine Zustimmung zu der Baubedingung vorausgesetzt zu werden, um den Erfolg der Anfechtung auszuschließen.

Die Frage, wie es sich erkläre, daß ein geänderter Bauantrag „rechtsverbindlich" für den Antragsteller genehmigt werden könne, erledigt sich dadurch, daß die Erteilung der Bauerlaubnis für den Antragsteller — von der noch zu besprechenden Gebührenpflicht abgesehen — keine unbedingten rechtlichen Verbind-

[90]) Rudorff a. a. O. S. 44.

[91]) Rudorff a. a. O. S. 37.

Digitized by Google

lichkeiten begründet, auch dann nicht, wenn die Bauerlaubnis unter Maßgaben oder Auflagen erteilt wird und diese als Anordnungen aufgefaßt werden; denn die Verpflichtungen, welche hierdurch auferlegt werden, sind durch Ausführung des Baues bedingt, und es hängt ab vom Belieben des Antragstellers, ob er von der Bauerlaubnis Gebrauch machen will.

Zu erörtern bleibt noch die Gebührenpflicht des Antragstellers. Nach § 6 des Kommunalabgabengesetzes vom 14. Juli 1893 dürfen die Gemeinden für die Genehmigung von Bauten Gebühren erheben, aber selbstverständlich nur für eine Genehmigung, die beantragt worden ist, nicht für eine ohne Antrag erteilte Genehmigung. Eine Genehmigung, die nicht dem Antrag entspricht, kann nicht als beantragt gelten, also auch nicht eine Genehmigung unter Einschränkungen oder Änderungen des Bauvorhabens. Dem Antragsteller muß es überlassen sein, ob er ungeachtet der Einschränkungen oder Änderungen den Bau ausführen oder hiervon absehen will; im letzteren Falle kann ihn eine Gebührenpflicht nicht treffen [92]). Daraus folgt zugleich, daß jemand durch Erteilung der Bauerlaubnis auch nicht darum in seinen Rechten verletzt werden kann, weil er Gebühren für die Bauerlaubnis zu zahlen hat; denn hierzu ist er nicht verpflichtet, wenn die Bauerlaubnis nicht von ihm beantragt ist oder nicht dem Antrag entspricht, und wenn sie dem Antrag entspricht, also der Antragsteller erhält, was er beantragt hat, so ist die Gebührenpflicht eine Folge seines Antrags. Gegen eine ungerechtfertigte Heranziehung zu Gebühren stehen die Rechtsbehelfe des Kommunalabgabengesetzes offen, die auch darauf gestützt werden können, daß die Bauerlaubnis nicht beantragt ist oder nicht dem Antrag entspricht; es bedarf also keiner weiteren Rechtsbehelfe, insbesondere nicht der gegen polizeiliche Verfügungen gegebenen. Wird für das Bauvorhaben in der Gestalt, wie es der Baupolizeibehörde unterbreitet ist, die Baugenehmigung nicht erteilt, wohl aber für ein abgeändertes Bauvorhaben in der Erwartung, daß die Baugenehmigung trotz der Abänderung dem Antragsteller erwünscht sein werde, so können Gebühren von ihm erst gefordert werden, wenn er sein Einverständnis dadurch, daß er von der Baugenehmigung Gebrauch macht, oder sonstwie erklärt. Davon hängt aber die Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung, die eine einseitige

[92]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 32 S. 97 ff.

Digitized by Google

obrigkeitliche Erklärung ist, nicht ab, sondern höchstens die Unzulässigkeit ihrer Zurücknahme. Wenn das Oberverwaltungsgericht — und zwar der zweite Senat, der die Gemeindeabgabensachen zu erledigen hat, nicht der mit der Baupolizei befaßte Senat — von einem Vorschlage spricht, den der Antragsteller annehmen oder nicht annehmen könne [93]), so ist damit nicht gesagt, daß die Genehmigung erst durch die Annahme rechtswirksam werde, sondern der Vorschlag gemeint, daß der Antragsteller das rechtswirksam genehmigte, abgeänderte Bauvorhaben ausführe, und an die Entstehung der Gebührenpflicht gedacht. Ein Widerspruch mit anderen Entscheidungen, die sich nicht auf die Gebührenpflicht beziehen, liegt nicht vor [94]). Unrichtig ist es, wenn Rudorff meint, die Gebührenpflicht sei ungeachtet der Hinzufügung von Baubedingungen zunächst entstanden und könne nur durch Zurückziehung des Antrags wieder zum Erlöschen gebracht werden [95]).

b) Rechtliche Natur und Anfechtbarkeit.

Ist hiernach nicht zu bezweifeln, daß die Baupolizeibehörde für ein von ihr berichtigtes Bauvorhaben die Bauerlaubnis rechtswirksam erteilen kann, so fragt es sich weiter, wie derartige Berichtigungen des Bauvorhabens, welche keine Anordnungen enthalten, rechtlich zu beurteilen sind, und wie sich ihnen gegenüber die Anfechtbarkeit gestaltet. Unhaltbar erscheint nach der Ausführung unter a die Ansicht von Rudorff, daß das Baugesuch die Maßgaben decke und deshalb ungeachtet der Maßgaben der eingereichte Plan als genehmigt gelten müsse. Auch ist bereits darauf hingewiesen worden, daß der aufgehobene § 155 des früheren Zuständigkeitsgesetzes nicht für die Auffassung des geltenden Rechtes verwertet werden darf und die Anfechtbarkeit sich jetzt lediglich nach den allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung polizeilicher Verfügungen bestimmt.

Enthalten die einzelnen Maßgaben keine polizeilichen Anordnungen — Ge- oder Verbote —, so kann ihnen die Eigenschaft einer anfechtbaren polizeilichen Verfügung nur insofern zukommen, als damit die beantragte uneingeschränkte Bauerlaubnis versagt wird. Ebenso wie von Walter Jellinek [96]) ist von mir die Ansicht

[93]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 32 S. 98.

[94]) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 35 Anm. 1, S. 44 Anm. 3.

[95]) Rudorff a. a. O. S. 38.

[96]) Kritische Vierteljahrsschrift Bd. 50 S. 301 ff.

Digitized by Google

ausgesprochen worden, daß mit der in einer Berichtigung des Bauvorhabens bestehenden Maßgabe die Baugenehmigung für das Bauvorhaben in seiner ursprünglichen Gestalt abgelehnt, zugleich aber, ohne ein weiteres Baugesuch abzuwarten, für ein abgeändertes Bauvorhaben erteilt wird [97]). An dieser Ansicht muß festgehalten werden. Sie führt dahin, daß die Versagung der beantragten uneingeschränkten Bauerlaubnis — die Versagung der Erlaubnis zur Errichtung eines dem eingereichten, nicht durch eine Maßgabe geänderten Bauplan entsprechenden Baues — wie jede Versagung der Bauerlaubnis angefochten werden kann. Eine Maßgabe, die keine Anordnung und darum auch keine selbständige polizeiliche Verfügung enthält, kann jedoch als solche, auch wenn die Anfechtung Erfolg hat, niemals vom Verwaltungsrichter aufgehoben werden, so daß die Bauerlaubnis von der Maßgabe befreit und damit die beantragte Bauerlaubnis ohne Einschränkung erteilt würde, sondern es ist immer nur die Ablehnung der nachgesuchten, durch keine Maßgabe beschränkten Bauerlaubnis aufzuheben, wodurch die Baupolizeibehörde genötigt wird, von neuem über das Baugesuch zu entscheiden. Der Verwaltungsrichter hat nicht mehr — wie früher nach § 155 des Zuständigkeitsgesetzes vom 26. Juli 1876 — an Stelle der Polizeibehörde über Erteilung der Bauerlaubnis zu befinden, sondern er darf nur die angefochtene polizeiliche Verfügung — hier die Versagung der beantragten Polizeierlaubnis — aufheben [98]). Falls die Ablehnung der uneingeschränkten Bauerlaubnis aufgehoben wird, tritt anderseits — was zu beachten ist — nicht auch die mit Maßgaben erteilte Bauerlaubnis außer Kraft und darf es nicht so angesehen werden, als wäre noch gar keine Bauerlaubnis erteilt, die Inangriffnahme des Baues, gleichviel ob sie gegen die Maßgaben verstößt oder nicht, eine formell illegale. Denn den Gegenstand der Anfechtung und daher auch der Aufhebung bildet die Versagung einer ohne Maßgaben dem Antrag entsprechenden Bauerlaubnis, nicht aber die Erlaubnis, die mit Maßgaben erteilt ist und ungeachtet der Maßgaben dem Empfänger nur zum Vorteile gereichen, nicht ihn beschweren kann.

Die Ablehnung der beantragten uneingeschränkten Bauerlaubnis darf nur dann als ungerechtfertigt aufgehoben werden, wenn

[97]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 249.

[98]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 37 S. 317, Bd. 40 S. 372 ff.

Digitized by Google

keine einzige Maßgabe gerechtfertigt ist, also nicht wegen Unrechtmäßigkeit einer einzelnen Maßgabe. Auf die Unrechtmäßigkeit einer einzelnen Maßgabe kann sich die Anfechtung ebensowenig gründen wie auf die Unrechtmäßigkeit eines einzelnen Grundes für die Ablehnung der Bauerlaubnis [99]). Das Recht auf eine dem Antrag entsprechende, unbeschränkte Bauerlaubnis ist nur dann vorhanden und durch eine Maßgabe verletzt, wenn der geplante Bau in keinem einzigen durch die Maßgaben berührten Punkte als unzulässig hätte beanstandet werden dürfen. Auch wenn eine Maßgabe weiter geht, als nötig ist, um den Bauplan mit dem öffentlichen Baurecht in Einklang zu bringen, muß doch die Anfechtung erfolglos bleiben, sofern nur die polizeiliche Beanstandung des Bauplans überhaupt gerechtfertigt war. Kann die Baugenehmigung wegen Verstoßes gegen das öffentliche Baurecht ganz abgelehnt werden, so ist der Antragsteller nicht zu Unrecht beschwert, wenn die Baugenehmigung mit einer zuweitgehenden Maßgabe erteilt wird [100]). — Der Antragsteller kann indes, wenn er nur gewisse Maßgaben bekämpfen, den übrigen aber sich unterwerfen will, die Anfechtbar-

---

[99]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 40 S. 366. Wenn das Oberverwaltungsgericht in anderen Entscheidungen ausgesprochen hat, jede Baubedingung sei selbständig anfechtbar — Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 27 S. 822 l., Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 55 S. 314 —, so trifft dies insoweit, als die Baubedingung keine Anordnung enthält, nicht zu. Selbstverständlich darf sich der Verwaltungsrichter in den Gründen seiner Entscheidung über die Berechtigung einer einzelnen Maßgabe — wie über die Berechtigung eines einzelnen Versagungsgrundes — äußern, um die Beteiligten über die Rechtslage zu belehren.

[100]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 39 S. 359. — Wenn in einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts — Bd. 54 S. 436 ff. — gesagt worden ist, die Polizeibehörde sei nicht ohne weiteres befugt, eine Baugenehmigung, welche sie hätte versagen dürfen, unter ihr genehmen Bedingungen zu erteilen (a. a. O. S. 438), und darauf die Außerkraftsetzung der Baubedingungen gestützt worden ist, so ist zu beachten, daß die Baubedingungen damals in Anordnungen bestanden, dahin gehend: „Der Zugang an der Straße ist durch Gittertür zu schließen. Der Vorgarten ist dauernd gärtnerisch zu unterhalten."; die Rechtmäßigkeit dieser Anordnungen mußte allerdings im Falle der Anfechtung geprüft werden und ihre Außerkraftsetzung erfolgen, wenn sich deren Unrechtmäßigkeit ergab. Übrigens spricht die Entscheidung auch von den in den Baubedingungen zum Ausdrucke gelangten „Forderungen"; sonst lassen freilich die Ausführungen eine scharfe Unterscheidung zwischen Baubedingungen, die Anordnungen darstellen, und anderen Baubedingungen nicht erkennen.

Digitized by Google

keit der ersteren dadurch erreichen, daß er ein neues, die übrigen Maßgaben berücksichtigendes Baugesuch einreicht und dessen Ablehnung abwartet[101]). Bei Anfechtung der Ablehnung des neuen Baugesuchs muß dann über die Rechtmäßigkeit der bekämpften Maßgaben entschieden werden, allerdings wiederum nur in ihrer Gesamtheit, da die Anfechtung vergeblich ist, wenn auch nur eine von den bekämpften Maßgaben für rechtmäßig erachtet wird.

Rudorff sieht in den einzelnen Maßgaben eine teilweise (begrenzte) Versagung der Bauerlaubnis und will daraus die gesonderte Anfechtbarkeit der einzelnen Maßgabe herleiten[102]). Um in der einzelnen Maßgabe eine für sich allein anfechtbare, teilweise Versagung der beantragten Bauerlaubnis erblicken zu können, müßte angenommen werden, daß der Antrag auf Baugenehmigung teilbar sei und in den einzelnen Maßgaben die Ablehnung der von ihnen betroffenen selbständigen Teile des Antrags auf Genehmigung liege. Der Antrag auf Genehmigung eines einheitlichen Bauvorhabens kann aber nicht als teilbar betrachtet werden. Wenn eine Bauausführung mit der Maßgabe genehmigt wird, daß eine Umfassungsmauer ohne die vorgesehenen Öffnungen — als Brandmauer — aufzuführen sei, so kann nicht an die Ablehnung eines besonderen, auf Genehmigung der Herstellung dieser Mauer oder der in ihr geplanten Öffnungen gerichteten Antrags gedacht werden. Ebensowenig läßt sich annehmen, daß im Sinne der Maßgabe eine Teilung der Entscheidung über das Baugesuch liege. Die Behörde will, wenn sie das Bauvorhaben mit der Maßgabe genehmigt, daß die Mauer als Brandmauer zu errichten sei, die Entscheidung über das Bauvorhaben nicht in der Weise teilen, daß sie bezüglich der Mauer den Antrag auf Baugenehmigung ablehnt, daneben aber die Errichtung des Gebäudes abgesehen von der Mauer genehmigt. Betrifft eine Maßgabe die Lage des Gebäudes — vielleicht die Einhaltung einer gewissen Entfernung von einem Wege —[103]), so

[101]) Bei allseitigem Einverständnisse darüber, daß die übrigen Gründe für die Versagung einer Bauerlaubnis durch Anerkennung erledigt sind und nur noch ein einzelner Versagungsgrund streitig ist, hat das Oberverwaltungsgericht als Gegenstand der Anfechtung eine Bauversagung betrachtet, die ein nur aus diesem Grunde beanstandetes Projekt betrifft (Entscheidung vom 10. Mai 1912 — IX A. 131. 10 —).

[102]) Rudorff a. a. O. S. 42; vgl. auch S. 29, 33.

[103]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 39 S. 360.

Digitized by Google

berührt die Maßgabe offenbar das ganze Bauvorhaben, nicht bloß einen auszusondernden Teil. Aber auch wenn die Maßgabe die Herstellung bestimmter einzelner Bauteile betrifft, kann sie für die Standfestigkeit oder Feuersicherheit des ganzen Gebäudes von wesentlicher Bedeutung sein. Aus der Ungewißheit, welche häufig über die Tragweite einer Maßgabe besteht, ergibt sich ebenfalls, daß es allgemein wenigstens nicht möglich ist, in der Maßgabe nur die Beanstandung eines bestimmten Teiles des Bauvorhabens zu sehen. Unterläge die einzelne Maßgabe darum einer selbständigen Anfechtung, weil von dem Antrag auf Baugenehmigung ein Teil als abgelehnt zu betrachten wäre, so würde folgerichtig im Verwaltungsstreitverfahren nur die Entscheidung über den von der Maßgabe betroffenen Teil des Genehmigungsantrags aufzuheben und nur über diesen Teil des Antrags von der Baupolizeibehörde abermals zu entscheiden sein, was nach dem über die Unteilbarkeit des Antrags und der Entscheidung sowie über die Tragweite der Maßgaben Gesagten nicht angenommen werden kann[104]).

---

[104]) Über den Erfolg der Anfechtung einer Maßgabe führt Rudorff — a. a. O. S. 42 — aus: Wenn sich herausstelle, daß die Maßgabe aufzuheben sei, so müsse der Plan nochmals von der Polizeibehörde geprüft werden, da es sich um eine Bedingung des Baukonsenses handle, der nur in dieser Gestalt von der Baupolizeibehörde erteilt worden und zu dessen Erlasse nur diese befähigt sei; die neue Prüfung sei jedoch nur in engen Grenzen zulässig, da die Bauerlaubnis im allgemeinen unwiderruflich sei, soweit sie nicht zwingendem Rechte widerstreite oder Widerruf wegen Änderung der Verhältnisse in Frage komme. Danach ist nicht ganz klar, ob nur die angefochtene Maßgabe oder doch nur die Entscheidung über den von der Maßgabe betroffenen Teil des Baugesuchs oder ob die ganze mit der Maßgabe behaftete Entscheidung aufzuheben ist. Nach der Ausführung von Rudorff würde der Plan einer neuen Prüfung der Baupolizeibehörde unterliegen und ihr die Aufgabe zufallen, von neuem über Erteilung des Baukonsenses zu befinden, dabei aber die frühere Bauerlaubnis, deren Unwiderruflichkeit betont wird, noch in Geltung stehen. Letzteres ist, auch wenn die Ablehnung der uneingeschränkten Bauerlaubnis aufgehoben ist, allerdings richtig, weil die Erteilung der eingeschränkten Bauerlaubnis vom Verwaltungsrichter nicht aufgehoben werden kann, und ebenso ist es richtig, wenn angenommen wird, daß nach Aufhebung der Ablehnung einer uneingeschränkten Bauerlaubnis über den Antrag auf deren Erteilung von der Polizei neu zu entscheiden ist. Unzutreffend aber ist es, wenn Rudorff meint, daß eine einzelne Maßgabe, die keine Anordnung enthält, oder die Entscheidung über den von der Maßgabe betroffenen Teil des Baugesuchs vom Verwaltungsrichter aufzuheben sei, oder daß in der Unrechtmäßigkeit einer von mehreren

Digitized by Google

c) Fehlen der Vollstreckbarkeit.

Was die zwangsweise Durchsetzung einer Maßgabe betrifft, die keine polizeiliche Anordnung darstellt, so kann allerdings die Ausführung des Baues, soweit sie der Maßgabe widerspricht, zwangsweise verhindert werden, weil es an der vorgeschriebenen polizeilichen Genehmigung fehlt. Aber nach Ausführung des Baues bildet eine solche Maßgabe, auch wenn sie — genauer: die Ablehnung der uneingeschränkten Bauerlaubnis — bereits erfolglos angefochten worden war, keinen unanfechtbaren Grund für ein polizeiliches Einschreiten zur Herstellung eines der Maßgabe entsprechenden Zustandes. Denn aus einer solchen Maßgabe kann sich nur ergeben, daß für den Bau, soweit er von der Maßgabe abweicht, die Bauerlaubnis fehlt; deren Fehlen rechtfertigt aber nicht ein polizeiliches Einschreiten gegen einen fertigen Bau, sondern es kommt darauf an, ob der Zustand dem materiellen Polizeirechte widerspricht. Um eine Grundlage für polizeilichen Zwang zu gewinnen, muß daher noch eine Anordnung ergehen, die wieder angefochten werden kann, und zwar ohne Rücksicht auf die Vergeblichkeit einer früheren Anfechtung der Entscheidung über die Bauerlaubnis. Dies erkennt auch Rudorff an[105]). Das Ergebnis ist aber unbefriedigend, weil es nicht selten als unnütze Weiterung erscheint, wenn zur zwangsweisen Durchsetzung einer Maßgabe, nachdem bereits die Entscheidung über die Bauerlaubnis vergeblich angefochten worden ist, noch eine Anordnung ergehen muß und wieder eine unbeschränkte Anfechtungsmöglichkeit eröffnet wird.

4. Baubedingungen als Anordnungen.

Die Auffassung der Baubedingungen (Maßgaben) als Berichtigungen des Bauvorhabens durch die Baupolizeibehörde, enthaltend eine Ablehnung der beantragten uneingeschränkten Bauerlaubnis, führt, wie man sieht, in doppelter Hinsicht zu einem den praktischen Bedürfnissen wenig entsprechenden Ergebnisse: einmal deshalb, weil

---

Maßgaben ein Grund zur Aufhebung der Entscheidung über das Baugesuch liege. Rudorff verkennt, daß die einzelne Maßgabe als solche nur angefochten und aufgehoben werden kann, wenn die einzelne Maßgabe als eine polizeiliche Verfügung anzusehen ist, was verneint werden muß, falls sie keine Anordnung enthält (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 40 S. 366).

[105]) Rudorff a. a. O. S. 50, 54.

Digitized by Google

danach eine einzelne Baubedingung für sich nicht einer Anfechtung unterliegt, die es ermöglicht, eine Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der einzelnen Baubedingung herbeizuführen, und ferner deshalb, weil nach Ausführung des Baues zur zwangsweisen Durchsetzung stets noch eine Anordnung ergehen muß und diese wieder angefochten werden kann. Nach beiden Seiten ändert sich die Beurteilung, wenn in der Baubedingung eine Anordnung zu finden ist, da eine Anordnung als polizeiliche Verfügung besonderer Anfechtung unterworfen ist und nach vergeblicher Anfechtung mit polizeilichen Zwangsmitteln durchgesetzt werden kann, ohne daß gegen die Anordnung selbst nochmals Rechtsmittel offen stehen (§ 133 Abs. 1 LVG.). Als Anordnungen (Auflagen) sind die Baubedingungen in der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts und in der Literatur [106]) vielfach angesehen worden, und es fragt sich, ob diese Auffassung nicht zu rechtfertigen ist.

Daß die Maßgaben einer Bauerlaubnis, abgesehen von eigentlichen Bedingungen und Befristungen, nicht immer Anordnungen — polizeiliche Ge- oder Verbote — enthalten, sondern oft nur eine Versagung der beantragten uneingeschränkten Bauerlaubnis, ist in meiner früheren Abhandlung hervorgehoben worden[107]). Rudorff geht aber weiter und spricht den von ihm als unmittelbaren oder mittelbaren Maßgaben bezeichneten Einschränkungen der Bauerlaubnis die Eigenschaft polizeilicher Ge- oder Verbote allgemein ab [108]). Es ist jedoch nicht einzusehen, warum nicht die Polizei für den Fall der Bauausführung, also bedingt, Anordnungen — Ge- oder Verbote — erlassen darf, durch deren Befolgung der von der Bauausführung befürchtete Eintritt unzulässiger Zustände verhindert wird. Dann beschränkt sich die Polizei nicht auf eine Berichtigung des zu genehmigenden Bauvorhabens, sondern sie sorgt selbst durch ihre zwangsweise durchzusetzenden Anordnungen dafür, daß keine unzulässigen Zustände eintreten. Von derartigen Anordnungen behauptet Rudorff, daß sie rein äußerlich neben der Bauerlaubnis ständen [109]). Dies ist insoweit richtig, als es an einer gesetzlichen Vorschrift fehlt, nach welcher — ähnlich wie bei einer Ansiedlungs-

[106]) Vgl. Kormann a. a. O. S. 139, Fleiner a. a. O. S. 178 Anm. 19 b, S. 381 ff., Roth a. a. O. S. 326, Apelt a. a. O. S. 126 ff.

[107]) Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 249.

[108]) Rudorff a. a. O. S. 33 ff., besonders S. 39 ff.

[109]) Rudorff a. a. O. S. 30.

Digitized by Google

genehmigung, einer Verleihung nach dem Wassergesetz und einer gewerbepolizeilichen Genehmigung — bei Erteilung der Bauerlaubnis Auflagen gemacht werden dürfen, die rechtlich einen Bestandteil der Bauerlaubnis bilden, die Auflagen — Anordnungen — bei der Bauerlaubnis vielmehr als selbständige polizeiliche Verfügungen aufgefaßt werden müssen, die mit der Bauerlaubnis verbunden sind[110]). Rein äußerlich ist diese Verbindung aber nicht, weil von dem Gebrauche der Bauerlaubnis unzulässige Zustände befürchtet werden, denen die Polizei durch ihre Anordnungen vorbeugen will und pflichtgemäß vorbeugen muß, das Ge- oder Verbot auch dadurch bedingt ist, daß von der Bauerlaubnis Gebrauch gemacht wird. Rudorff glaubt eine durchschlagende Widerlegung der von ihm bekämpften Auffassung der Baubedingungen als polizeilicher Anordnungen darin zu finden, daß auch bei Anträgen auf Bauerlaubnis, denen entsprochen werden muß, polizeiliche Anordnungen erlassen werden können[111]). Das schließt aber nicht aus, daß bei Anträgen auf Bauerlaubnis, denen öffentlichrechtliche Hindernisse entgegenstehen, zur Beseitigung dieser Hindernisse in Verbindung mit der Baugenehmigung polizeiliche Anordnungen ergehen.

Zunächst ist für diejenigen Maßgaben, welche Rudorff als mittelbare bezeichnet, weil sie den Antrag hinsichtlich des Platzes und der Gestaltung des Bauwerkes nicht unmittelbar berühren, die allgemeine Ablehnung der Auffassung als polizeilicher Ge- oder Verbote gewiß nicht richtig, wie eine Prüfung der von Rudorff aus der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts angeführten Beispiele zeigt[112]). Soweit die Entscheidungen aus der Zeit stammen, als noch § 155 des früheren Zuständigkeitsgesetzes in Geltung war, muß die damalige rechtliche Beurteilung außer Betracht bleiben. Hat die Polizei den Bau eines Stallgebäudes mit der Maßgabe genehmigt, daß eine den Anblick des Stalles verdeckende Mauer erbaut werden müsse[113]), so liegt darin das polizeiliche Gebot, daß die Mauer zu errichten ist, wenn der Stallbau ausgeführt wird, also ein bedingtes polizeiliches Gebot. Ist der

[110]) Daß eine Auflage — ein Modus — im Sinne des Privatrechts bei der Bauerlaubnis nicht vorkommt, ist im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 251 ff. dargelegt worden.

[111]) Rudorff a. a. O. S. 40.

[112]) Vgl. Rudorff a. a. O. S. 52 ff.

[113]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 4 S. 374 ff.

Digitized by Google

Bau eines Hauses mit der Maßgabe erlaubt, daß eine nahe belegene Scheune nicht mehr als solche benutzt werden dürfe[114]), so liegt darin das Verbot der ferneren Benutzung der Scheune, wenn das Haus gebaut sein wird, also ein bedingtes polizeiliches Verbot. Werden bei Genehmigung eines Wohnhausbaues wegen des abschüssigen Terrains gewisse Maßregeln vorgesehen[115]), so enthält die Forderung dieser Maßregeln polizeiliche Gebote für den Fall der Ausführung des Baues, also wieder bedingte polizeiliche Gebote. In allen solchen Fällen kann zugleich mit der Bauerlaubnis ein durch deren Benutzung bedingtes Ge- oder Verbot erlassen werden, um gewisse Schädlichkeiten abzuwenden, die sonst durch die Bauausführung entstehen würden. Wenn auch in der Anknüpfung des Ge- oder Verbots an die Bauerlaubnis eine Einschränkung dieser zu erblicken ist[116]), so wird doch eine polizeiliche Anordnung erlassen, die zwar durch die Ausführung des Baues bedingt ist, aber nach Eintritt der Bedingung bei Vermeidung zwangsweiser Durchsetzung befolgt werden muß. Den Schädlichkeiten, die von der Ausführung eines geplanten Baues zu befürchten sind, kann unter Umständen, wie die erwähnten Fälle ergeben, durch Änderung von Verhältnissen, die außerhalb des eigentlichen Bauvorhabens liegen, begegnet werden. Entweder kann dann die Polizei die Erteilung der Baugenehmigung von einer vorgängigen Änderung dieser Verhältnisse abhängig machen, indem sie die Baugenehmigung vorher verweigert oder unter einer entsprechenden aufschiebenden Bedingung erteilt, oder sie kann deren Änderung dadurch erreichen, daß sie mit Erteilung der Baugenehmigung in der Form einer Maßgabe eine auf Änderung der Verhältnisse abzielende Anordnung verbindet.

Aber auch die den Platz und das Bauwerk betreffenden, sogenannten unmittelbaren Maßgaben werden häufig als Anordnungen — polizeiliche Ge- oder Verbote — anzusehen sein, namentlich dann, wenn es sich nicht um eine Änderung der beab-

---

[114]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 1 S. 283.

[115]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 12 S. 303. Damals lautete die Baubedingung: „— — Der Hof ist — — so zu planieren, daß er nach den Straßen in deren künftiger Höhe entwässert werden kann." Das war ein Gebot, welches erfüllt werden mußte, wenn von der Bauerlaubnis Gebrauch gemacht wurde.

[116]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 253, 264 Anm. 123.

Digitized by Google

sichtigten Bauausführung, sondern um deren Ergänzung oder um die künftige Benutzung des Bauwerkes handelt. Eine Bestimmung im Baukonsens über Anbringung, Vermehrung oder Vergrößerung von Ankern oder eisernen Trägern kann ein die Ergänzung der Bauausführung bezweckendes, durch Ausführung des Baues bedingtes, polizeiliches Gebot darstellen. Dasselbe gilt von einer die Vermehrung der vorgesehenen Aborte [117]) oder das Verputzen des Bauwerkes [118]) betreffenden Maßgabe. Wird an Erteilung der Bauerlaubnis, wie es durch Vermerk auf den Bauzeichnungen geschieht [119]), der Vorbehalt geknüpft, daß gewisse Räume nicht dem Plane gemäß zum dauernden Aufenthalte von Menschen benutzt werden dürfen, oder der Vorbehalt, daß eine beabsichtigte Art der Benutzung als feuergefährlich mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Bauwerkes ausgeschlossen sein soll, so wird in einem solchen Vorbehalt ein für den Fall der Ausführung des Baues, also bedingt, erlassenes polizeiliches Verbot einer gewissen Art der Benutzung gefunden werden können. Der Absicht der Baupolizeibehörde, die die Benutzung untersagt und, wie man annehmen darf, einen festen Rechtsboden für ein etwaiges späteres zwangsweises Vorgehen gewinnen will, wird die Auffassung eines solchen Vorbehalts als bloßer Versagung der uneingeschränkten Bauerlaubnis nicht gerecht. Aber auch in anderen Fällen kann sich aus Inhalt und Fassung der Baubedingungen der Wille ergeben, ein Ge- oder Verbot zu erlassen [120]).

---

[117]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 23 S. 322.

[118]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 20 S. 396.

[119]) Die in dem Muster zum Bauscheine für Berlin in Bezug genommenen „Allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften" lauten unter Ziffer 40: „Die mit U bezeichneten Räume dürfen nicht zum dauernden Aufenthalte von Menschen — also auch nicht als Schlafräume — benutzt werden." Vgl. Baltz a. a. O. S. 598.

[120]) Vgl. z. B. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 37 S. 405 ff., Bd. 48 S. 370. Die von der letzteren Entscheidung betroffene Bedingung:

> Die durch den Stadtgeometer an Ort und Stelle anzugebende Straßenfluchtlinie ist einzuhalten.

enthält das Verbot, über diese Linie hinaus zu bauen. — In betreff der im Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 249 Anm. 92 von mir erwähnten Baubedingungen, die Dachschräge müsse in der zulässigen Fronthöhe beginnen und die zurückgesetzten Frontwände seien fortzulassen, sei noch bemerkt, daß hierin das Verbot, den Bau so auszuführen, daß die Dachschräge in größerer Höhe be-

Digitized by Google

Wird mit der Maßgabe die Androhung eines Zwangsmittels verbunden, so ist die Eigenschaft der Maßgabe als einer Anordnung außer Zweifel [121]).

Werden die Anordnungen, die als selbständige polizeiliche Verfügungen angefochten werden können, später aufgehoben, so wird die Baugenehmigung von den Beschränkungen befreit, die sich aus den Anordnungen ergaben. Soweit aber die Anordnungen zu einer Abweichung von dem Bauvorhaben nötigten, konnte dieses nur mit den aus den Anordnungen folgenden Abweichungen als genehmigt gelten. Daher wird es zum Teil allerdings noch der Einholung einer anderweitigen Baugenehmigung bedürfen. Wenn z. B. vielleicht aus Gründen der Standfestigkeit die Herstellung einer geplanten Innenwand untersagt, das Verbot aber als ungerechtfertigt oder zuweitgehend aufgehoben worden ist, so bedarf es noch vor Errichtung der Wand einer erneuten Prüfung und Genehmigung des Bauvorhabens, da die Art der Errichtung, auch wenn das gänzliche Verbot nicht aufrecht zu erhalten ist, doch möglicherweise noch Anlaß zur polizeilichen Beanstandung bietet.

Außerdem ist nach Aufhebung der Anordnung — wie nach jeder Aufhebung einer polizeilichen Verfügung — der Erlaß einer neuen, namentlich einer milderen, Anordnung als Ersatz für die aufgehobene zulässig. Dabei kommen die aufgehobenen, früheren Anordnungen hier insofern in Betracht, als sie die Annahme ausschließen, die Polizei habe auch ohne Erfüllung ihrer Anordnungen die polizeilichen Interessen für gewahrt erachtet und ohne Rücksicht auf diese Anordnungen den Bau genehmigen und erklären wollen, daß dem Maße des polizeilich Erforderlichen genügt sei. Der Schutz gegen spätere polizeiliche Anordnungen, den die Bauerlaubnis in

---

ginnt, und das Verbot, die geplanten zurückgesetzten Frontwände herzustellen, gefunden werden könnten. Es kommt darauf an, ob die Polizei außer der Genehmigung des berichtigten Bauvorhabens nur eine Ablehnung der Genehmigung des unveränderten Bauvorhabens aussprechen, oder ob sie dessen Ausführung, soweit sie das Bauvorhaben beanstandete, *verbieten* wollte. Wenn der Antrag auf Genehmigung eines einheitlichen Bauvorhabens unteilbar ist (siehe oben S. 228), so kann sich doch ein an eine Genehmigung geknüpftes *Verbot* gegen einen *Teil* der beabsichtigten Bauausführung richten.

[121]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 23 S. 322 ff., Bd. 40 S. 366.

Digitized by Google

gewissem Umfange gewährt, fällt weg, soweit schon in Verbindung mit der Bauerlaubnis ähnliche, besonders weiterreichende, Anordnungen erlassen worden waren.

Daß immer noch durch den Abbruch des Gebäudes, dessen Errichtung die Anordnungen veranlaßt hat, die Befolgung der Anordnungen vermieden werden kann, folgt aus ihrer Bedingtheit; wie sie durch Ausführung des Gebäudes bedingt sind, so auch dadurch, daß nicht vor ihrer Durchsetzung das Gebäude wieder beseitigt worden ist.

5. Wirksamkeit der Baubedingungen gegen Besitznachfolger.

Die Frage, ob die Maßgaben der Bauerlaubnis auf die Besitznachfolger übergehen, d. h. gegen sie wirksam sind, wird von Rudorff bejaht, weil die Maßgaben als Bestandteile der Bauerlaubnis vermöge der Dinglichkeit der letzteren zugunsten und zu Lasten der Besitznachfolger ebenfalls gelten müßten.[122]). Mit der vermeintlichen grundsätzlichen Dinglichkeit der Bauerlaubnis fällt jedoch diese Art der Begründung. Da das Fortbestehen des Bauwerkes nicht davon abhängt, daß die Bauerlaubnis erteilt worden ist, kann wegen Einschränkungen oder Maßgaben der Bauerlaubnis, deren Wirkungen unmöglich weiter reichen als der gänzliche Mangel der Bauerlaubnis, nicht eine Beseitigung oder Änderung des Bauwerkes verlangt werden, sowenig vom Besitznachfolger wie vom Bauherrn selbst. Soweit aber die Wirkungen der Bauerlaubnis fortdauern — wie es der Fall ist hinsichtlich des Schutzes gegen Anwendung eines späteren Rechtes durch formelle Legalität, hinsichtlich des Schutzes gegen eine Änderung des polizeilichen freien Ermessens, hinsichtlich der Bewilligung einer Ausnahme von baupolizeilichen Vorschriften sowie hinsichtlich der Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie —, müssen allerdings die Einschränkungen der Bauerlaubnis und damit auch ihrer Wirkungen gegen die Rechtsnachfolger gelten, weil die Rechtsnachfolger durch die Bauerlaubnis keine größeren Vorteile erlangt haben können als der Empfänger der Bauerlaubnis. Die Wirkungen der Bauerlaubnis, welche die Fertigstellung des Baues überdauern, kommen auch dem Besitznachfolger zustatten[123]); sind

[122]) Rudorff a. a. O. S. 46.

[123]) Vgl. diese Abhandlung S. 209 ff.

Digitized by Google

jedoch mit der Bauerlaubnis deren Wirkungen eingeschränkt, so ist es auch der durch die Bauerlaubnis gewährte Schutz oder Vorteil, weshalb die Einschränkungen dem Besitznachfolger entgegenstehen müssen. Wenn Rudorff meint, daß die Maßgaben der Bauerlaubnis auch zugunsten des Besitznachfolgers gelten[124]), so ist darauf hinzuweisen, daß die Maßgaben (Einschränkungen) der Bauerlaubnis das Gegenteil von Begünstigungen sind und daher begrifflich nicht zugunsten des Besitznachfolgers wirken können. Als Beispiel führt Rudorff an, daß auch dem Besitznachfolger gegenüber keine Änderung des freien Ermessens zulässig sei; das ist aber eine Folge der Erteilung der eingeschränkten Bauerlaubnis, deren die Ausführung des Baues überdauernde Wirkungen auch dem Besitznachfolger zum Vorteile gereichen, nicht eine Folge ihrer Einschränkung (Versagung).

In bezug auf die Wirksamkeit gegen Besitznachfolger sind von den sonstigen Einschränkungen der Bauerlaubnis die an diese geknüpften Anordnungen — Ge- und Verbote — zu unterscheiden. Polizeiliche Anordnungen müssen sich an bestimmte Personen richten und können nicht an eine unbestimmte Mehrheit von Personen ergehen, also nicht zugleich an die künftigen Erwerber des Baugrundstücks. Daher werden die mit einer Bauerlaubnis verbundenen Anordnungen an den Bauherrn oder an den Bauunternehmer oder an beide gerichtet, nicht aber auch an alle diejenigen, welche später das Baugrundstück erwerben. Letzteres wäre unzulässig und ohne rechtliche Wirkung. Daß die in den Baubedingungen enthaltenen Anordnungen nicht gegen spätere Erwerber des Bauwerkes vollstreckt werden dürfen, ergibt sich auch aus den Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts[125]). Soweit die Vorteile der Bauerlaubnis durch Einschränkungen ausgeschlossen werden, können sie auch nicht dem Besitznachfolger aus der Bauerlaubnis erwachsen; soweit aber durch Anordnungen, die an die Bauerlaubnis geknüpft werden, besondere Verpflichtungen begründet werden, entstehen sie nur zu Lasten derer, an die die Anordnungen ergangen sind. Dies hebt für polizeiliche Befehle auch Rudorff hervor[126]). Otto Mayer äußert hinsichtlich der Auflage, daß sie

[124]) Rudorff a. a. O. S. 46 und 54.

[125]) Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 2 S. 358, Bd. 20 S. 398, Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 12 S. 303 r.

[126]) Rudorff a. a. O. S. 48.

Digitized by Google

mit der Erlaubnis auf den neuen Unternehmer übergehe und hier ausnahmsweise ein Polizeibefehl gegen einen anderen wirksam werde; er fügt jedoch hinzu, gelegentlich einer Erlaubnis könne auch eine selbständige Anordnung getroffen werden, die nicht auf den Nachfolger übergehe, aber wieder selbständig gegen ihn erlassen werden könne[127]). Wo die Gesetze den Betrieb eines Unternehmens von der polizeilichen Erlaubnis dergestalt abhängig machen, daß die Weiterführung in Ermangelung einer Erlaubnis verhindert werden darf, und wo die Gesetze die Behörde ermächtigen, die Erlaubnis unter Bedingungen (Auflagen) zu erteilen — vgl. §§ 16, 18, 24 und 147 Abs. 1 Ziff. 2 und Abs. 3 der Gewerbeordnung, §§ 17, 17 a und 20 des Ansiedelungsgesetzes vom 10. August 1904 und § 49 ff. des Wassergesetzes vom 7. April 1913 —, da mag aus der besonderen gesetzlichen Regelung folgen, daß die Leistungen, welche dem Unternehmer auferlegt sind, jedem obliegen, auf den das Unternehmen übergeht. Für die Bauerlaubnis sind gesetzliche Bestimmungen, die einen solchen Schluß rechtfertigen könnten, nicht erlassen[128]). Doch wird es sich bei den Einschränkungen einer Bauerlaubnis, wenn diese die Befreiung von einer öffentlichrechtlichen Baubeschränkung enthält, — namentlich bei Bewilligung einer Ausnahme von baupolizeilichen Vorschriften und bei Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie — wohl häufig um Resolutivbedingungen handeln, deren Eintritt die öffentlichrechtliche Baubeschränkung auch dem Besitznachfolger gegenüber wieder in Kraft setzt[129]). Selbstverständlich dürfen inhaltlich gleiche Anordnungen, wenn sie nötig sind, um polizeiwidrige Zustände auf dem Baugrundstücke zu beseitigen, gegen den Besitznachfolger ergehen. Die früher bei Erteilung der Bauerlaubnis an den Rechtsvorgänger erlassenen Anordnungen haben den Schutz gegen spätere polizeiliche Anordnungen, den die fortdauernden Wirkungen der Bauerlaubnis sonst gewähren, eingeschränkt, und zwar gegenüber dem späteren Erwerber des Baugrundstücks in derselben Weise wie gegenüber dem Empfänger der Bauerlaubnis[130]).

---

[127]) Otto Mayer a. a. O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 262 und Anm. 24 daselbst.

[128]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 251 Anm. 97.

[129]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 256 ff.

[130]) Vgl. S. 235 ff. unter 4 a. E.

Digitized by Google

6. Abhängigmachung erheblicher baulicher Veränderungen von einer den neueren Vorschriften entsprechenden Umgestaltung anderer Gebäudeteile.

Bei Besprechung der Baubedingungen im engeren Sinne gedenkt Rudorff nebenher, ohne näher darauf einzugehen, des Falles, wenn auf Grund der Vorschrift einer Polizeiverordnung die Bauerlaubnis zu einer teilweisen Umänderung älterer Häuser davon abhängig gemacht werde, daß gewisse andere Teile des Hauses ebenfalls in einen der neuen Polizeiverordnung entsprechenden Zustand zu versetzen seien[131]). Es handelt sich um eine Vorschrift, wie sie im Anschluß an die Bestimmung, daß auf Veränderungen und Erneuerungen von vorhandenen baulichen Anlagen in der Regel die Vorschriften der neuen Bauordnung Anwendung finden[132]), in verschiedenen Bauordnungen —, unter anderen im § 40 Abs. 3 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897 — dahin enthalten ist:

> Für bauliche Arbeiten, welche einzeln oder zusammen eine erhebliche Veränderung eines Gebäudes darstellen, kann die baupolizeiliche Genehmigung auch davon abhängig gemacht werden, daß gleichzeitig die durch den Entwurf an sich nicht berührten Gebäudeteile, soweit sie den Vorschriften dieser Baupolizeiordnung widersprechen, damit in Übereinstimmung gebracht werden[133]).

Die Gültigkeit einer solchen Vorschrift kann nicht zweifelhaft sein, da eine Baupolizeiverordnung sich Anwendbarkeit auf bestehende Bauwerke beilegen[134]) und dies daher auch mit der Einschränkung tun kann, daß das neuere Recht auf ein bestehendes Bauwerk nur anzuwenden ist, soweit die Baupolizeibehörde es im einzelnen Baufalle verlangt. Danach darf die Baupolizeibehörde, wenn eine erhebliche Veränderung eines älteren Gebäudes beabsichtigt ist, die für sich betrachtet den Vorschriften der neueren Bauordnung entspricht, und gegen die polizeilich überhaupt nichts ein-

---

[131]) Rudorff a. a. O. S. 57 Anm. 5.

[132]) Vgl. § 40 Abs. 1 der Baupolizeiverordnung für Berlin vom 15. August 1897.

[133]) Eine ähnliche Vorschrift findet sich z. B. auch in den Baupolizeiverordnungen für Dortmund vom 28. Januar 1908 (§ 54 Ziff. 5), für Posen vom 31. März 1903 (§ 86 Abs. 2), für Essen vom 15. Mai 1907 (§ 82 II Ziff. 3).

[134]) Jebens, Verwaltungsrechtliche Aufsätze S. 266 ff., Fleiner a. a. O. S. 88 ff., Friedrichs, Polizeigesetz S. 283 Anm. 37.

Digitized by Google

zuwenden ist, bei Entscheidung über das Baugesuch nach ihrem freien Ermessen in den materiellen Rechtszustand dergestalt eingreifen, daß sie die Zulässigkeit der an sich statthaften baulichen Veränderung an die Bedingung einer Umgestaltung anderer Gebäudeteile gemäß den neueren Vorschriften knüpft und damit die beabsichtigte bauliche Veränderung verbietet, sofern nicht andere Gebäudeteile mit den Vorschriften der neueren Baupolizeiverordnung in Übereinstimmung gebracht werden. Enthielte die Erklärung der Baupolizeibehörde nur eine gewöhnliche Bedingung der Bauerlaubnis, so würde die Nichtbefolgung keine andere Wirkung haben können als die, daß die Bauerlaubnis für nicht erteilt gilt, der materielle Rechtszustand würde aber unverändert geblieben sein und daher die Rechtmäßigkeit der vorgenommenen Veränderung — entgegen dem Wortlaut und der Absicht der Vorschrift — nicht davon abhängen, ob die übrigen Gebäudeteile den neueren Vorschriften entsprechend umgestaltet werden. In jener Erklärung muß deshalb für den Fall, daß dies nicht geschieht, ein Verbot der beabsichtigten Veränderung gefunden und angenommen werden, daß dadurch eine bedingte materielle Verpflichtung zur Unterlassung der beabsichtigten Veränderung begründet wird.

Die hierzu ermächtigende Vorschrift hat die Besonderheit, daß die Baupolizei zwar nach ihrem freien Ermessen die Baugenehmigung durch ein bedingtes Verbot einschränken, aber — wenn im übrigen gegen das Bauvorhaben nichts einzuwenden ist — die Bauerlaubnis nicht ablehnen darf[135]), während es sonst regelmäßig dem freien Ermessen der Baupolizeibehörde überlassen ist, ob sie die Baugenehmigung unter Einschränkungen erteilen oder ganz ablehnen will.

Eine weitere Besonderheit ist die Wirkung des Verbots gegen Besitznachfolger. Sofern nicht demgemäß die anderen Gebäudeteile mit den neueren Vorschriften in Übereinstimmung gebracht werden, muß die bauliche Veränderung offenbar auch dem Besitznachfolger gegenüber für unzulässig gelten. Daraus, daß das Verbot materielles Recht schafft, folgt, daß es auch dem Besitznachfolger entgegensteht, an den auf Grund dessen entsprechende Anordnungen erlassen werden dürfen.

---

[135]) Baltz a. a. O. S. 384 Anm. 10.

Digitized by Google

Endlich knüpft sich an eine Vorschrift, wie sie im § 40 Abs. 3 der Berliner Bauordnung enthalten und oben wiedergegeben ist, noch eine Besonderheit für den Fall des Bauens ohne Erlaubnis, also für den Fall der formellen Illegalität. Das Recht, die Zulässigkeit der beabsichtigten baulichen Veränderung davon abhängig zu machen, daß andere Gebäudeteile den neueren Vorschriften gemäß umgestaltet werden, kann der Polizei nicht dadurch entzogen werden, daß die bauliche Veränderung ohne ihre Genehmigung ausgeführt und eine Entscheidung über ein Baugesuch, mit der das bedingte Verbot zu verbinden gewesen wäre, umgangen wird. Daher muß der Polizei das Recht zustehen, nachträglich die Rückgängigmachung der ohne ihre Genehmigung ausgeführten — formell illegalen — baulichen Veränderung zu fordern, wenn nicht andere Gebäudeteile eine den neueren Vorschriften entsprechende Umgestaltung erfahren. Somit hat hier die formelle Illegalität zur Folge, daß die Polizei zu einem solchen nachträglichen, die materielle Zulässigkeit der baulichen Veränderung bedingenden Verlangen befugt ist [136]).

Aus den Erwägungen, die vorangegangen sind, ergibt sich, daß den Ansichten, welche Rudorff für die Lehre von der Bauerlaubnis, insbesondere für die Baubedingungen, aufstellt, zu einem großen Teile nicht beigetreten werden kann. Gleichwohl darf ihm, auch wenn er das Richtige nicht getroffen hat, die Anerkennung zuteil werden, durch seine Erörterungen zur Klärung schwieriger rechtlicher Fragen beigetragen und zu weiterer Prüfung angeregt zu haben. Einer solchen Prüfung wird es auch ferner bedürfen, denn keineswegs wird für vorstehende Ausführungen in Anspruch genommen, daß sie die besprochenen Fragen erschöpfend und endgültig erledigt hätten und nicht in dieser oder jener Hinsicht zu berichtigen sein möchten.

---

[136]) Vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Jahrg. 32 S. 385 r.

Digitized by Google

VIII.

Konsularverwaltung.

Ein Beitrag zum deutschen Verwaltungsrechte.

Von Herrn a. o. Professor an der Universität Heidelberg
Dr. Franz Dochow.

Die Verwaltungstätigkeit der Konsuln wird nach dem Kriege zu den Angelegenheiten gehören, denen erhöhte Aufmerksamkeit zugewendet werden muß. Die Konsularverwaltung ist öffentliche Verwaltung, und zwar auswärtige Verwaltung [1]). Ihre gesetzliche Regelung erfolgte durch ein Verwaltungsgesetz [2]) im Jahre 1867, für dessen Güte es spricht, daß es trotz der gewaltigen Entwicklung des internationalen Verkehrs bis zum heutigen Tage noch als Grundlage der Konsularverwaltung dienen konnte [3]). Eine Ergänzung erfuhr es durch die Allgemeine Dienstinstruktion [4]) im Jahre 1871 und eine zweckentsprechende Erweiterung durch die fortschreitende Reichsgesetzgebung [5]).

---

[1]) Vgl. Dochow, Auswärtige Verwaltung, Verwaltungsarchiv (1915) Bd. 23 S. 101.

[2]) Über den Begriff: Verwaltungsgesetz vgl. Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1914), 2. Aufl., Bd. 1 S. 83; Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht (1913), 4. Aufl., Teil 1 S. 17.

[3]) Gesetz, betreffend die Organisation der Bundeskonsulate sowie die Amtsrechte und Pflichten der Bundeskonsuln [K. G.], vom 8. November 1867 (BGBl. S. 137).

[4]) Allgemeine Dienstinstruktion [A. D.] für die Konsuln des Deutschen Reichs vom 6. Juni 1871/22. Februar 1873. Vgl. Dochow, Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 111 Anm. 42.

[5]) Eine umfangreiche Darstellung des gesamten deutschen Konsularrechts findet man bei v. König, Handbuch des deutschen Konsularwesens, 8. Aufl., 1914. — Vgl. darüber Dochow, Verwaltungsarchiv (1915) Bd. 23 S. 537.

Digitized by Google

Das Konsularverwaltungsgesetz zerfällt in zwei Teile: I. Organisation der Konsulate und II. Amtsrechte und Pflichten der Konsuln. Unter Beibehaltung dieser Einteilung läßt sich das geltende Recht in wesentlich kürzerer Form zusammenfassen. Veraltete und aufgehobene Bestimmungen scheiden dabei selbstverständlich aus, und die neuen reichsrechtlichen Bestimmungen sind in das Gesetz aufzunehmen.

I. Die Organisation der deutschen Konsulate[6]).

Der Inhalt des ersten Teiles des Gesetzes könnte wesentlich vereinfacht in folgenden sieben Paragraphen zum Ausdrucke kommen:

§ 1. Die deutschen Konsulate sind Reichsbehörden. Die deutschen Konsuln[7]) sind Reichsbeamte[8]), die nach deutschem Recht unter Berücksichtigung des Landesrechts ihres Amtsbezirkes[9]) und internationaler Vereinbarungen die Interessen des Reichs und seiner Angehörigen wahrzunehmen haben.

Die Fürsorge des Reichs kann auch auf Schutzgenossen ausgedehnt werden.

§ 2. Die Konsuln unterstehen der Aufsicht des Reichskanzlers[10]), von dem sie ihre Anweisungen erhalten. Sie berichten in erster Linie an ihn, in besonderen Fällen aber auch an die zuständigen Landesbehörden[11]).

Form und Inhalt der Berichte werden durch Verfügungen bestimmt.

---

[6]) Vgl. Dochow, Die Organisation der auswärtigen Verwaltung nach deutschem Recht: 3. Konsulate, Annalen 1914 S. 635 und die dort angegebene Literatur.

[7]) Konsuln sind die Vorsteher eines Generalkonsulats, Konsulats oder Vizekonsulats. K. G. § 2.

[8]) Ein besonderer Eid für die Konsuln braucht nicht vorgeschrieben zu werden. (K. G. § 4 kann fortfallen.) Vgl. Dochow, Annalen 1914 S. 636 Anm. 4.

[9]) Die Amtsbezirke bestimmt der Reichskanzler. Vgl. Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht (1914), 4. Aufl., Teil 2 S. 508 Anm. 4.

[10]) Daß die Konsuln die übrigen Reichsbehörden, insbesondere die Organe der Reichsmarine im Auslande zu unterstützen haben, bedarf keiner besonderen Erwähnung im Gesetze. (Die §§ 27 und 28 K. G. können daher fortfallen.) Dasselbe gilt von der Rechtshilfe gegenüber deutschen Gerichten. Vgl. v. König, Handbuch, 8. Aufl., S. 395.

[11]) Über die zuständigen Zentralbehörden des Reichs und der deutschen Einzelstaaten vgl. Dochow, Annalen 1914 S. 630.

Digitized by Google

§ 3. Das Verhalten der Konsuln gegenüber anderen Reichsbehörden wird durch Verfügungen geregelt, desgleichen das Rechtshilfeverfahren.

§ 4. Die Konsuln können ohne Genehmigung keine fremden Konsulate übernehmen.

§ 5. Die Ernennung der Konsuln erfolgt durch den Kaiser nach Vernehmung des Ausschusses des Bundesrats für Handel und Verkehr [12]).

§ 6. Die Konsulate werden mit Berufskonsuln oder mit Wahlkonsuln besetzt, denen nach Bedarf Konsularagenten, Sachverständige und Unterbeamte beigegeben werden [13]).

§ 7. Die Berufskonsuln beziehen Gehalt, die Wahlkonsuln haben Anspruch auf Gebühren [14]).

II. Die Verwaltungsgeschäfte der Konsuln.

Die Vereinfachung des zweiten Teiles des Gesetzes stößt auf größere Schwierigkeiten. Einzelne Paragraphen müssen unter Berücksichtigung der neueren Reichsgesetze eine andere Fassung erhalten, und andere Bestimmungen müssen in das Gesetz neu aufgenommen werden. Will man dem Konsul und dem im Auslande sich aufhaltenden Deutschen die Möglichkeit geben, sich jederzeit über die vorzunehmenden und in Anspruch zu nehmenden Verwaltungsakte [15]) unterrichten zu können, so läßt sich ihre einzelne Aufführung nicht umgehen. Dabei erscheint es zweckmäßig, eine Dreiteilung vorzunehmen. Zunächst werden die allgemeinen Verwaltungsangelegenheiten herausgehoben, und von den übrigen werden die Schiffahrtsangelegenheiten von denen der Einzelpersonen getrennt. Dies erscheint schon deshalb zweckmäßig, weil es sich bei den Schiffahrtsangelegenheiten vielfach um Dinge handelt, die den im Konsularbezirke sich aufhaltenden Deutschen nicht berühren [16]).

Danach würde dem zweiten Teile des Gesetzes folgende Fassung zu geben sein:

---

[12]) Die Ernennung zum Konsul ist nicht von der Ablegung der Staatsprüfungen für den höheren Justiz- oder Verwaltungsdienst abhängig zu machen.

[13]) Vgl. hierzu Dochow, Annalen 1914 S. 637.

[14]) Vgl. Dochow, Konsulatsgebühren, Annalen 1915 S. 69.

[15]) Verwaltungsakte sind Tätigkeiten der zuständigen Verwaltungsbehörde. Vgl. Dochow, Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 105 Anm. 20.

[16]) Meyer-Dochow, Deutsches Verwaltungsrecht (1915) Teil 2 S. 508 Anm. 1.

Digitized by Google

1. Allgemeine Verwaltungsangelegenheiten.

§ 8. Die Konsuln haben die sich bei ihnen anmeldenden Deutschen in eine Matrikel einzutragen [17]).

§ 9. Die Konsuln haben allen Deutschen, die sie darum ersuchen, Rat und Beistand zu gewähren und Hilfsbedürftige zu unterstützen [18]).

2. Persönliche Angelegenheiten.

§ 10. Die Konsuln treten an die Stelle der betreffenden Heimatsbehörden und können:

1. Ehen schließen,
2. Pässe ausstellen und visieren,
3. Urkunden ausstellen

usw.

3. Schiffahrtsangelegenheiten.

§ 11. Die Konsuln haben:

1. die Meldung der Schiffe entgegenzunehmen [19]),
2. die Polizeigewalt auf den Schiffen auszuüben

usw.

Eine derartige Reform des Konsularverwaltungsgesetzes dürfte den Konsuln ihre Verwaltungstätigkeit erleichtern und den Deutschen im Ausland eine klare Übersicht geben über die Ansprüche, die sie an die Konsuln zu stellen haben.

---

[17]) Die Matrikelführung erleichtert die Tätigkeit der Konsuln, da sie ihnen einen Überblick über die Zahl der Deutschen gibt, die für ihre Verwaltung in Frage kommen. Es ist daher wünschenswert, daß es allen im Konsularbezirk anwesenden Deutschen nahegelegt wird, sich in die Matrikel eintragen zu lassen. Vgl. Dochow, Verwaltungsarchiv Bd. 23 S. 112.

[18]) K. G. §§ 1 und 26. — Die Konsuln entscheiden von Fall zu Fall, ob und in welchem Umfange sie eine Unterstützung an einen Hilfsbedürftigen gewähren wollen. Vgl. dazu v. König, Handbuch, 8. Aufl., S. 498.

[19]) Dochow, Die Schiffsmeldungen bei den deutschen Konsulaten, Archiv des öffentlichen Rechtes (1916) Bd. 35 S. 273.

Digitized by Google

IX.

Die Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person.

Von Herrn Rechtsanwalt und Notar Dr. Bruno Beyer
in Pr. Eylau.

Willenserklärungen von Behörden, die durch Zustellung an den Empfänger wirksam werden, bezwecken entweder die Setzung von Rechtsnormen oder die Feststellung bestehender Rechtspflichten (richterliche Akte) oder die Schaffung oder Lösung von Rechtspflichten im Einzelfalle. Richterliche Akte in diesem Sinne gehen sehr häufig auch von Verwaltungsbehörden (und zwar nicht nur in der Verwaltungsgerichtsbarkeit) aus, wie auch die Schaffung oder Lösung von Rechtspflichten, die auch ohne diese Staatsakte bestehen würden, oft von richterlichen Staatsorganen ausgeht. Die Setzung von Normen, Feststellung bestehender Rechtspflichten und die Schaffung oder Lösung von Rechtspflichten in Einzelfällen erfolgt auch im Verhältnis eines Staatsorgans zum anderen. Der Beamte, der im Einzelfalle nicht weiß, zu welcher Amtshandlung er verpflichtet ist und infolgedessen einen Vorgesetzten um eine verbindliche Entscheidung bittet, begehrt einen richterlichen Akt. Die Schaffung von Rechtspflichten durch Staatsorgane für den Einzelfall gründet sich auf die Idee, daß bei vielen Rechtspflichthandlungen der Einzelne nicht in der Lage ist, seine Verpflichtung ohne weiteres zu erkennen, daß seine Verpflichtung daher erst auf eine Anordnung des zuständigen Staatsorgans eintritt. Auch erfordert es die Kontrolle der Erfüllung gewisser Rechtspflichten, denen sich manche trotz Kenntnis von ihnen entziehen könnten, daß sie erst auf einen ausdrücklichen Befehl, dessen Ausführung überwacht

Digitized by Google

wird, entstehen. Gleiches gilt von der Lösung von Pflichten, zu der auch die Erlaubnisse (Konzessionen, Titelverleihungen = Erteilung der Erlaubnis zur Führung des Titels) gehören, da sie eine Lösung von der Verpflichtung zu gewissen Unterlassungen enthalten.

Im privaten Rechte (das im Gegensatze zu dem für die Pflichten individuell bestimmter Personen zu Handlungen namens der Rechtsgemeinschaft die Pflichten der Allgemeinheit festlegt) kann auch die Erteilung allgemeiner Anordnungen (analog dem Erlasse von Rechtsnormen) erfolgen, z. B. durch den Vater für das Verhalten seiner Kinder auf Grund seines Erziehungsrechts, den Seeschiffer für die Schiffsmannschaft, den Fabrikherrn für die Fabrikarbeiter (Arbeitsordnung) usw. Auch die verbindliche Feststellung bestehender Pflichten erfolgt mitunter durch Private. Das gleiche gilt von der Lösung von Pflichten (Verzicht, Erlaß) und der Schaffung von Pflichten in Einzelfällen (z. B. durch Verträge, Befehle des Dienstherrn an den Dienstunterworfenen, der mitunter nur auf die Befehle jenes hin handeln darf, usw.).

Was die irrtümlich unrichtige Adressierung empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch eine Privatperson betrifft, so hat das bürgerliche Recht durch seine Bestimmungen über die Anfechtung wegen Irrtums ihnen unter bestimmten Voraussetzungen die Wirksamkeit richtig adressierter gegeben, falls keine Anfechtung erfolgt. Es wird also in einem solchen Falle gewissermaßen fingiert, daß der Erklärende die Erklärung dem Erklärungsempfänger gegenüber habe abgeben wollen. Voraussetzung ist naturgemäß, daß die Erklärung sich nach ihrem Wortlaut auch an den falschen Adressaten hat richten können, daß also nicht z. B. Herr A bei der Erklärung, die Herrn B gegenüber abgegeben werden soll, mit „Herr B" angeredet wird. Eine irrtümliche Mitteilung der letzten Art ist rechtlich bedeutungslos.

Sofern einem falschen Adressaten eine Willenserklärung unter Mitwirkung eines Staatsorgans, z. B. durch förmliche Zustellung bekanntgegeben wird, handelt es sich bei privaten Willenserklärungen entweder um einen Irrtum des Erklärenden oder um einen fehlerhaften Staatsakt oder um beides. Ein Irrtum des Erklärenden kann trotz der Übermittelung der Erklärung durch das Staatsorgan erfolgen. Liegt lediglich ein Irrtum auf seiten des Zustellungsbeamten vor, so wird die Möglichkeit des Widerrufs, d. h. der Aufklärung des falschen Adressaten, daß die Erklärung

Digitized by Google

nicht ihm gegolten habe, um so mehr gegeben sein müssen. Merkwürdigerweise stellt man sich bezüglich der amtlichen Willenserklärungen, die irrtümlich einem falschen Adressaten zugehen, in der Theorie auf einen anderen Standpunkt.. So nimmt Bernatzik[1]) an, daß die einem falschen Adressaten zugegangene Erklärung, er sei zu einem höheren Dienstgrade berufen worden, nicht widerrufen werden könne, vorausgesetzt, daß die zwingenden Voraussetzungen für die Übertragung dieser Stelle bei dem Erklärungsempfänger verwirklicht gewesen seien. Kormann[2]) schließt sich dieser Auffassung grundsätzlich an. Nur wenn der Verwaltungsakt frei widerruflich sei (Befehle, manche Erlaubnisse usw.), könne er widerrufen werden, wobei eine dem Privatrecht analoge Anfechtung wegen Irrtums sich erübrige. Sei der Akt dagegen unwiderruflich (wie z. B. alle Rechtsverletzungen), so könne allerdings eine Anfechtung erfolgen, aber nur, falls eine Gesetzesverletzung vorliege. Bei gegenteiliger Meinung käme man zu einem Anfechtungsrechte wegen geänderter Auffassung der Behörde über die Zweckmäßigkeit des Verwaltungsakts.

Nur vereinzelt wird eine gegensätzliche Anschauung vertreten. So behauptet Jellinek[3]), daß die empfangsbedürftigen staatlichen Erklärungen, da sie mit der richtigen Bekanntgabe wirksam werden, bei unrichtiger Bekanntgabe nichtig sind.

Hierzu ist folgendes zu bemerken: Sofern ein Staatsorgan nicht so handelt, wie es seine Amtspflicht ist, liegt logisch eine Amtshandlung nicht vor. Dies gilt auch dann, wenn das Staatsorgan nach Zweckmäßigkeitsrücksichten zu handeln verpflichtet ist, aber unzweckmäßig handelt. Die logische Konsequenz, daß solche Handlungen nun nicht als Staatsakte aufzufassen sind, kann das Leben naturgemäß nicht ziehen. Die geringere Bedeutung mancher Vorschriften für die Staatsakte läßt es zu, daß gewisse Handlungen, die unter Verletzung solcher Vorschriften vorgenommen werden, trotzdem die vollen oder jedenfalls die wesentlichen Wirkungen der rechtgemäßen Staatsakte haben. Insbesondere werden nach der Staatspraxis in weitem Umfang Amtshandlungen, die von Zweckmäßigkeitserwägungen abhängen, selbst dann als solche auf-

[1]) Rechtsprechung und materielle Rechtskraft S. 291.

[2]) Die Zustellung von Verwaltungsakten an den falschen Adressaten, im Verwaltungsarchiv Bd. 19 S. 166 ff.

[3]) Der fehlerhafte Staatsakt, Tübingen 1908.

Digitized by Google

gefaßt und daher mit den Wirkungen rechtgemäßer Staatsakte ausgestattet, wenn diese Zweckmäßigkeitserwägungen für die Handlung nicht bestimmend waren oder zu einem objektiv unrichtigen Ergebnisse geführt haben. Dies liegt vor allem an der Verschiedenartigkeit der Mittel, die die verschiedenen Staatsorgane nach ihrer Individualität für die Erreichung der Staatszwecke finden, und daran, daß, sofern nicht bestimmte wesentliche Vorschriften durch die Handlung verletzt sind, stets diejenige Handlung als vollgültige Amtshandlung anzusehen ist, bei der der Beamte nach bestem Wissen und Gewissen seine Amtspflicht zu erfüllen glaubt. Auch die Autorität, die in der Rechtsordnung und in den nach ihren Bestimmungen zur Repräsentation der Gemeinschaft berufenen individuellen Personen wirksam wird, verlangt eine Ausdehnung der vollen oder wesentlichen Wirkungen rechtgemäßer Staatsakte auf gewisse mit Mängeln behaftete Staatsakte.

Voraussetzung dieses Bedürfnisses, das durch konstante Staatspraxis auch zur Entstehung mehr oder weniger bestimmter Rechtsnormen geführt hat, ist aber der Wille des Staatsorgans, durch seine Handlung einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Liegt dieser Wille nicht vor, so liegt regelmäßig auch keine Veranlassung vor, einen nicht rechtgemäßen Staatsakt mit den Wirkungen des rechtgemäßen zu umkleiden. Dies gilt nun vor allem auch für die irrtümlich unrichtige Adressierung einer empfangsbedürftigen amtlichen Willenserklärung. Will man einer solchen Erklärung die Wirkung zuschreiben, daß sie in bezug auf den tatsächlichen Erklärungsempfänger das bewirkt, was sie in bezug auf die Person, der sie zugehen sollte, bewirken sollte, so muß man eine (eventuell aus ständiger Staatspraxis abzuleitende) Rechtsnorm nachweisen, aus der sich dies ergibt. Nicht denjenigen, der die Richtigkeit eines solchen Staatsakts behauptet, trifft die Beweislast, sondern denjenigen, der ihm die vollen oder jedenfalls die wesentlichen Wirkungen des rechtgemäßen Staatsakts vindiziert.

Eine solche Rechtsnorm wird sich aber, wenigstens in dieser allgemeinen Bedeutung, für das deutsche Recht kaum nachweisen lassen. Einige Einzelfälle, in denen man mit unzutreffender Begründung der irrtümlich unrichtig adressierten amtlichen Willenserklärung in bezug auf den unrichtigen Empfänger die vollen Wirkungen der richtig adressierten Erklärung zugeschrieben hat, können

Digitized by Google

noch nicht als Symptome eines entsprechenden Rechtssatzes aufgefaßt werden. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Staatspraxis eine so konstante ist, daß sie als Ausfluß des Willens der Staatsautorität gelten muß.

In dem hier fraglichen Sinne kann die unrichtige Adressierung einer amtlichen Willenserklärung nur durch falsche Übermittelung der Erklärung durch eine andere Person erfolgen. Wenn ein Staatsorgan an jemanden eine Erklärung richtet, weil es dies tun will, obwohl es den Amtspflichten nicht entspricht, so wirkt dieser Staatsakt so wie andere fehlerhafte Staatsakte, soweit die Staatspraxis entsprechende Rechtsnormen ausgebildet hat, also als fehlerloser Staatsakt. Solche Rechtssätze aber haben sich besonders hinsichtlich solcher Staatsakte ausgebildet, die von nicht speziell bestimmten Zweckmäßigkeitserwägungen abhängen, und bei denen unzweckmäßig verfahren ist. Trotz eingetretener Wirkungen des mit unwesentlichen Mängeln behafteten Staatsakts kann dieser eventuell von Amtswegen oder auf Antrag (Rechtsmittel) aufgehoben werden. Bei der unmittelbaren Abgabe einer Erklärung gegenüber einer konkreten Person will das Organ die Erklärung eben an diese Person richten. Sein Irrtum, daß diese Person A sei, während sie tatsächlich B ist, fällt unter dieselbe Kategorie wie der Irrtum, die Erklärung müsse aus sonstigen Gründen gegenüber dieser Person abgegeben werden, z. B. weil ein Bedürfnis zur Erteilung der beantragten Schankkonzession vorliege, während dies tatsächlich nicht der Fall ist. Für die Wirkung dieser Erklärung gilt also das oben Angeführte. Insbesondere muß, wenn sie als rechtswirksam aufgefaßt werden soll, ein entsprechender Rechtssatz nachgewiesen werden.

Mit Sicherheit läßt sich das Bestehen einer solchen Rechtsnorm für ein Spezialgebiet nachweisen, nämlich für gewisse Sicherungsmaßnahmen des Staates. Wo durch Befehle verhindert werden soll, daß Personen sich entfernen oder Sachen entfernt werden, da ist dem Befehle Folge zu geben, auch wenn er infolge eines Irrtums sich an eine unrichtige Person wendet. Voraussetzung für die Gehorsamspflicht gegenüber einem einen solchen Befehl erteilenden Staatsorgan ist aber auch hier der Umstand, daß der Befehl sich tatsächlich an die Person richtet. Wo nicht einmal das Staatsorgan eine tatsächlich abgegebene, irrtümlich falsch adressierte Er-

Digitized by Google

klärung hat abgeben wollen, da liegt keine Veranlassung vor, diese Erklärung mit den Wirkungen einer richtig adressierten Erklärung in bezug auf den unrichtigen Empfänger auszustatten.

Wer sich verhört und infolgedessen glaubt, ihm sei etwas befohlen worden, braucht nicht zu gehorchen. Der Grundsatz, daß die unrichtige Übermittelung einer empfangsbedürftigen amtlichen Willenserklärung weder gegenüber dem richtigen Adressaten noch gegenüber dem falschen Empfänger die beabsichtigte Rechtswirkung auslöst, sofern nicht ein Rechtssatz für Fälle einer bestimmten Art etwas Gegenteiliges anordnet, muß auch dann gelten, wenn die Zustellung an den unrichtigen Empfänger rechtgemäß wäre. Denn wenn ihm die Erklärung nicht hat zugestellt werden sollen, so ist der Staatsakt, durch den sie ihm tatsächlich zugestellt ist, ein subjektiv fehlerhafter, dem nicht ohne weiteres die Wirkungen des fehlerlosen zugeschrieben werden können.

Digitized by Google

B. Besprechungen.

15. Professor Dr. jur. Fritz Stier-Somlo, Kriegsgewinnsteuergesetz. Gesetz über vorbereitende Maßnahmen zur Besteuerung der Kriegsgewinne. Berlin. Vahlen. Lwbd. Preis 2 *M*.

16. St. Moesle, Geh. Regierungsrat und vortragender Rat im Reichsschatzamt, Das Gesetz über vorbereitende Maßnahmen zur Besteuerung der Kriegsgewinne vom 24. Dezember 1915. Berlin. Carl Heymanns Verlag. Preis 1 *M*.

Stier-Somlo läßt einer kurzen „geschichtlichen und allgemeinen Einführung" den Text des Kriegsgewinnsteuer-Sicherungsgesetzes (GStSG.) folgen. Dann gibt er „einleitende Ausführungen zum Gesetze", die sich mit dessen Anlaß und Zwecke beschäftigen, den inneren Zusammenhang des GStSG. mit dem Reichsbesitzsteuergesetze vom 3. Juli 1913 (BStG.) darlegen und eine allgemeine Charakteristik des GStSG. als eines Sicherungs- oder Sperrgesetzes, ferner als eines — die Besteuerung der Kriegsgewinne — vorbereitenden Gesetzes und endlich als eines Ergänzungsgesetzes geben, insofern es mit dem Kriegsgewinnsteuergesetze (KGStG.) ein einheitliches Ganzes bildet, für die in letzterem enthaltenen wichtigen Begriffe von maßgebender Bedeutung ist und zur vollen Durchführung des in ihm sich ausdrückenden gesetzgeberischen Gedankens der Vervollständigung durch das Gesetz über die Kriegsabgaben der Reichsbank vom 24. Dezember 1915 bedarf. Der dann folgenden Erläuterung der einzelnen Paragraphen des GStSG. schließt sich ein Anhang an, der das vorgedachte Gesetz über die Kriegsabgaben der Reichsbank nebst Begründung und die erst nach Abschluß des Kommentars erschienenen Ausführungsbestimmungen des Bundesrats vom 27. Januar 1916 zum GStSG. enthält.

Der Verfasser sieht in der Besteuerung der Kriegsgewinne eine weitere Durchführung des zum ersten Male in dem Reichszuwachssteuergesetze vom 14. Februar 1911, später in dem BStG. vom 3. Juli 1913 in die Praxis umgesetzten Gedankens der Besteuerung des Vermögenszuwachses. Obwohl die juristischen Personen der Kriegsgewinnsteuer unterworfen werden, aber von der Besitzsteuer befreit sind, findet der Verfasser doch eine weitgehende innere Verwandtschaft zwischen beiden Steuern und geht deshalb zunächst auf die gemeinsamen Grundlagen und die wesentlichen Unterschiede beider Gesetze

Digitized by Google

ein. Die eingehenden Erläuterungen des GStSG. enthalten zu jedem einzelnen Paragraphen seine Entstehungsgeschichte und die Abänderungen, die er in den parlamentarischen Verhandlungen bis zu seiner endgiltigen Fassung etwa erfahren hat. Die einzelnen Bestimmungen des Gesetzes werden unter Heranziehung der einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts, besonders des Handelsgesetzbuchs, des Berggesetzes, des Gesetzes, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, und des Gesetzes, betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, ausführlich erläutert; dabei geht Stier-Somlo auch auf die zahlreichen Zweifel ein, die schon in den parlamentarischen Beratungen angeregt sind, sucht sie zu beseitigen und streift vielfach auch die dem Gesetze zugrundeliegenden steuerpolitischen Erwägungen.

Folgende Irrtümer sind mir aufgefallen:

S. 24 zu D Abs. 2 Zeile 2 v. o. und zu a) Zeile 7 v. o. muß es statt 1. April 1914 heißen 1. Januar 1914. Siehe §§ 18, 20 BGB.

S. 24 zu a) Zeile 2 v. o. ist statt Gesamteinkommen zu lesen Gesamtvermögen, Zeile 4 daselbst v. o. statt § 18 Abs. 1 = § 19 Abs. 1.

S. 60 Anm. 2 letzte Zeile muß an Stelle des Geschäftsjahrs 1. Oktober 1914—30. September 1917 das Geschäftsjahr 1. Oktober 1913—30. September 1916 treten; denn das mit dem 1. Oktober 1914 beginnende Geschäftsjahr umfaßt den Monat August 1914 nicht (§ 2 GStSG.).

S. 99 Abs. 1 Zeile 9 v. u. muß es Mindergewinne heißen statt Mehrgewinne.

Auch Moesle, vermutlich der Bearbeiter des Gesetzes im Reichsschatzamte, schickt dem Kommentar eine Einleitung voran, in der er nur ganz kurz auf den inneren Zusammenhang der Besteuerung der Kriegsgewinne mit dem BStG. hinweist und die Gründe für die Notwendigkeit eines besonderen, die Besteuerung der Kriegsgewinne der Gesellschaften sichernden Gesetzes darlegt. Zur Erläuterung der einzelnen Gesetzesparagraphen zieht er, wie Stier-Somlo, hauptsächlich die Gesetzesmaterialien und die Kommissionsverhandlungen heran. Die am Schlusse mitgeteilten bundesratlichen Ausführungsbestimmungen sind in dem Kommentare selbst berücksichtigt.

Die Bedeutung des in erster Linie der Sicherung des Einganges der Kriegsgewinnsteuer von bestimmten Gesellschaftsarten dienenden Gesetzes vom 24. Dezember 1915 geht weit über diesen Zweck hinaus; denn das Gesetz formuliert bereits die grundlegenden Begriffe für die Besteuerung dieser Gesellschaften, so daß der § 21 des dem Reichstage vorgelegten Entwurfes eines Kriegsgewinnsteuergesetzes auf die Vorschriften des GStSG. Bezug nehmen kann. Letzteres bestimmt bereits, was unter „Kriegsgeschäftsjahr" (§ 2), „Geschäftsgewinn" (§ 3), „Mehrgewinn" (§ 4 Abs. 1), „durchschnittlicher früherer Geschäftsgewinn" (§ 5 Abs. 1) zu verstehen ist. Nach Prüfung der beiden Kommentare wundert man sich vielleicht darüber, daß trotz der Neuheit der grundlegenden Begriffe verhältnismäßig wenige Meinungsverschiedenheiten und nicht immer solche von grundsätzlicher Bedeutung zwischen beiden Verfassern zu finden sind. Es wäre aber fehlsam, hieraus zu schließen, daß sich die praktische Durchführung der Kriegsgewinnsteuer einfach gestalten werde. Der preußische Praktiker fragt sich, wer zu derselben Zeit, in der die

Digitized by Google

Veranlagung der Einkommen- und der Ergänzungssteuer für 1917 bezw. 1917/19 vorzunehmen ist, die zahlreichen neuen und oft schwierigen Fragen entscheiden soll, zu denen die Veranlagung des WStG. und der KGStG. nötigen wird. Stier-Somlos Ausführungen z. B. zu dem Begriffe „Bilanzgewinn" im § 3 GStSG. (S. 62 ff.) lassen erkennen, welche Schwierigkeiten drohen, und dabei zwingt das vielgestaltige Wirtschaftsleben unserer Zeit erfahrungsmäßig nicht selten zur Entscheidung von Fragen, an die auch der weitest schauende Ausleger des Gesetzes nicht gedacht hat. Das Wehrbeitragsgesetz hat das deutlich gezeigt. Die heutige preußische Organisation ist dieser Aufgabe schon unter normalen Verhältnissen nicht gewachsen, noch viel weniger in der Zeit des Krieges; es fehlt das genügend vorgebildete Personal, es fehlen die steuertechnischen Mittel, die eine einigermaßen sachgemäße Veranlagung der neuen Steuern verbürgen könnten; die Bestimmung im Art. 9 Abs. 2 der preußischen Ausführungsvorschriften zum GStSG., wonach der Vorsitzende der Berufungskommission befugt ist, die dem Vorsitzenden der Veranlagungskommission zugewiesenen Obliegenheiten für einzelne Bezirke oder einzelne Gesellschaften ganz oder teilweise selbst zu übernehmen, ist natürlich nicht geeignet, den wohl auch an maßgebender Stelle erkannten Mängeln abzuhelfen. Wie es in dieser Beziehung in den anderen Bundesstaaten steht, entzieht sich meiner Kenntnis. Die Veranlagung mit unzureichenden Mitteln wird — das läßt sich mit Bestimmtheit voraussagen — zu einer neuen Überlastung derjenigen Steuerpflichtigen führen, welche schon bisher zu den preußischen direkten Steuern in viel stärkerem Maße herangezogen worden sind als die große Menge der von mir an den verschiedensten Stellen gekennzeichneten Drückeberger. Die ungleichmäßige Veranlagung der neuen Steuern wird von den richtig veranlagten Zensiten um so mehr als schreiendes Unrecht empfunden werden, als sie erst unlängst den Wehrbeitrag über sich haben ergehen lassen müssen, als ferner die direkten Steuern in Preußen, und wohl auch in den meisten Bundesstaaten, unter den Wirkungen des Krieges die Grenze des Erträglichen erreicht haben, und als die Sätze des Kriegsgewinnsteuergesetzes, wie der preußische Finanzminister in der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 10. März 1916 sagte, „konfiskatorischer Natur" sind. Für die Veranlagung der steuerpflichtigen Gesellschaften zur KGSt. lassen sich die erforderlichen Unterlagen beschaffen; die Kriegsgewinne der physischen Personen aber sind, wie Buck im Steuer-Archiv Jahrg. 19 Nr. 6 S. 76 zutreffend bemerkt, den Steuerbehörden nur zu einem winzigen Bruchteile bekannt geworden; sie entziehen sich nach den Erfahrungen gelegentlich der Veranlagungen für 1915 und 1916 auch unter der Herrschaft der Steuererklärung, dieses vermeintlichen Allheilmittels der modernen Steuergesetzgebung, zum großen Teile einer einigermaßen zuverlässigen Schätzung. Welche Folgen werden sich daraus ergeben? Der ehrliche Mann, der sorgsame Hausvater, der sich, wie schon in der Zeit vor dem Kriege, auch in den Kriegsjahren von seinem geringeren Einkommen wiederum einige tausend Mark abgeknapst hat, um für die Zeit nach seinem Tode Frau und Kinder vor dem Schlimmsten zu hüten, um eine Tochter auszustatten oder einem Sohne die Ausbildung zu einem Berufe zu ermöglichen, um notwendige, während des Krieges unterlassene Ergänzungen oder Erneuerungen in der Wirtschaft vorzunehmen, ein Tatbestand, der in

Digitized by Google

unzähligen Haushaltungen vorliegen wird, der sorgsame Hausvater, dessen Vermögen durch eine zufällig in einem Kriegsjahre fällig gewordene abgekürzte Lebensversicherung einen Zuwachs erfahren hat, muß diese feststehenden Beträge zur Kriegsgewinnsteuer anmelden; aber die unzähligen Gewerbetreibenden aller Art — ich denke z. B. an die Pferde- und Viehhändler und die große Menge der verschiedensten Agenten, die, oft recht leicht, ungeahnte Kriegsgewinne erzielt haben, — entziehen die Gewinne der Kriegsgewinnsteuer mit der einfachen Ausrede: „Bücher führe ich nicht, Unterlagen für die Gewinnberechnung kann ich nicht beibringen", oder indem sie sich in Schweigen hüllen. Ebensowenig werden sich die Kriegsgewinne im landwirtschaftlichen Betriebe nachweisen lassen. Eine Steuerpolitik, die solche Folgen zeitigt, die tatsächlich eine empfindliche Strafe auf das Sparen setzt, läßt sich nur durch die Not der Zeit rechtfertigen. Unter allen Umständen müßten ihre unerfreulichen Folgen dadurch gemildert werden, daß die Grenze des steuerfreien Vermögenszuwachses nicht schon, wie § 7 des Gesetzentwurfes will, bei 3000 ℳ, sondern erst, etwa nach dem Vorgang des § 12 BStG., bei 10 000 ℳ gezogen wird.

Bromberg. Michaelis.

---

17. **Dr. jur. et phil. Hans Helfritz**, Regierungsrat, Hilfsarbeiter im Ministerium der geistlichen und Unterrichtsangelegenheiten, Privatdozent an der Universität Berlin, **Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderechte der östlichen Provinzen Preußens. Ein Beitrag zur Organlehre.** Berlin 1916, Carl Heymanns Verlag. 129 S. Preis 3,60 ℳ.

In den Gemeindeordnungen (Städte- und Landgemeindeordnungen, nicht nur in den östlichen, sondern auch in den westlichen und den neuen Provinzen, auch in den Kreis- und Provinzialordnungen) findet sich regelmäßig der Satz, daß Urkunden über Rechtsgeschäfte, welche die Gemeinde (oder den Verband) gegen Dritte verbinden sollen, ingleichen Vollmachten, von dem Gemeindevorsteher und einem anderen Magistratsmitgliede, Schöffen) unterschrieben werden müssen; dabei ist noch die Beifügung des Gemeindesiegels, die Genehmigung der Aufsichtsbehörde beizufügen und bei Landgemeinden auch der Gemeindebeschluß zu erwähnen.

Das Reichsgericht hat in einer allerdings nicht immer ganz gleichmäßigen Rechtsprechung diese Vorschriften dahin ausgelegt, daß eine Gemeinde überhaupt nicht anders als in dieser Form verpflichtet werden könne, und daß insbesondere mündliche Erklärungen unwirksam seien. Diese Rechtsprechung ist nicht ohne Widerspruch geblieben, man hat ihr namentlich einen Verstoß gegen das Bürgerliche Gesetzbuch zum Vorwurfe gemacht, da dieses allein über die Form der Rechtsgeschäfte zu bestimmen habe. Bei der Beurteilung der Sache sind also zwei völlig voneinander getrennte Fragen zu unterscheiden, nämlich, ob es überhaupt verfassungsrechtliche Formvorschriften neben den geschäftsrechtlichen geben könne (so habe ich diese Vorschriften bei früherer

Digitized by Google

Gelegenheit bezeichnet), und erst wenn diese Frage bejaht wird, kommt es zu der zweiten Frage, ob die Vorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze in dem Sinne, wie das Reichsgericht will, auszulegen sind.

Der Verfasser, der dem Reichsgerichte mangelndes Verständnis der inneren Verhältnisse der Gemeinden vorwirft, trennt die beiden Fragen bei seinen Untersuchungen eigentlich nicht, aber im Ergebnisse (S. 22, 120, 121) kommt er doch mit dem Reichsgerichte zu der Ansicht, daß es neben den Formen des Privatrechts und unabhängig von ihnen auch Formvorschriften der Gemeindeverfassungsgesetze geben kann, und daß auch ein Verstoß gegen die letzteren die Ungültigkeit zur Folge hat. Er bestreitet nur gegen das Reichsgericht, daß irgendwo die Vorschrift bestehe, daß eine Gemeinde nur durch Errichtung einer Urkunde rechtsgeschäftlich verpflichtet werden könne (S. 122). Es handelt sich also nur um eine Frage der Auslegung, bei der es auf die Fassung der betreffenden Gemeinde- (oder Kreis-) Ordnung ankommt, und die für die einelnen Landesteile verschieden beantwortet werden kann, aber nicht mehr um grundlegende Fragen, deren Entscheidung von dem Wesen der inneren Gemeindeverfassung abhängt.

Helfritz beschränkt die Anwendbarkeit des § 56 Nr. 8 der Städteordnung für die östlichen Provinzen auf den Fall, daß die Vertretung aus einem der Verwaltung des Magistrats vorbehaltenen Geschäftszweige herrührt oder in der Ausführung eines besonderen Beschlusses der Gemeindekörperschaft enthalten sei; er leugnet also die Anwendbarkeit für den Fall, wenn an Stelle des Magistrats ein anderes „Organ" als verwaltende Behörde tätig sei.

Das erscheint schon äußerlich wunderlich. Die oberste Vertretungs- und Verwaltungsstelle wäre danach an schwerere Formvorschriften gebunden, als die von ihr abhängigen Stellen, die Kommissionen, Deputationen und Werkdirektionen; es ist aber auch rechtlich nicht zu halten. Die Gemeinde hat keine besonderen Behörden neben dem Gemeindevorstande, die an Stelle des Gemeindevorstandes treten und durch ihre Zuständigkeit die des Gemeindevorstandes ausschließen könnten (Friedrichs, im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 28 S. 61 r., im Verwaltungs-Archiv Bd. 23 S. 41). Allerdings kommt es nicht nur vereinzelt, sondern als Regel vor, daß umfangreiche Geschäftskreise den Ausschüssen oder Einzelbeamten (namentlich den Kassenbeamten, den Vorstehern der Gemeinde-Werke und Betriebsverwaltungen) zur selbständigen Erledigung überlassen werden; aber diese Stellen leiten ihre Zuständigkeit von einer besonderen Dienstanweisung her, und diese Dienstanweisung fällt wohl unter den Begriff der Vollmacht im Sinne der Gemeindeordnungen. Ist die Dienstanweisung erteilt, so können die einzelnen Rechtsgeschäfte, die darunter fallen, ohne besondere Förmlichkeiten vorgenommen werden, aber die Dienstanweisung bedarf der für Vollmachten vorgeschriebenen Form. Dagegen wendet sich der Verfasser auf S. 13 Anm. 1 mit unzutreffenden Gründen. Jedenfalls ist nicht daran zu denken, daß die Zuständigkeit der einzelnen Geschäftsstellen auf Rechtssatz beruhe, wie Helfritz auf S. 47 vorträgt. Zu den Vorschriften der Gemeindeordnung und der Gemeindesatzungen müssen auch noch Rechtsgeschäfte hinzukommen, zu denen wenigstens die Errichtung der Amtsstellen gehört. Dieser Irrtum zeigt seine Bedeutung auf S. 88 bei der Besprechung der Verhältnisse zwischen dem

Digitized by Google

Magistrat und den Deputationen, endlich auch bei Besprechung der Frage, ob und wie weit die Deputationen einer Vollmacht bedürfen. Der Verfasser schwächt aber selber seine allgemeine Lehre dadurch ab, daß er (auf S. 96, 100) sagt, daß die Fähigkeit, mit rechtsverbindlicher Wirkung für das Gemeinwesen zu handeln, durch Zuständigkeitsübertragung übertragen werde, denn das ist doch wohl ein Rechtsgeschäft. Es handelt sich hier nicht um eine tatsächliche Übung, die sich durch keine Theorie hinwegleugnen lasse (S. 99), sondern lediglich um eine vom Gesetze zugelassene Erteilung einer Vollmacht. Die theoretische Schwierigkeit liegt meines Erachtens in dem Erklärungsversuche des Verfassers. Die Schwierigkeiten, die Helfritz der Anwendung des Vollmachtsbegriffs entgegenstellt, bestehen meines Erachtens nicht. Der Begriff der Vollmacht beschränkt sich nicht auf bürgerliche Rechtsangelegenheiten und setzt auch nicht Gleichstellung zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten notwendig voraus. Die Zuständigkeit der Ausschüsse beruht auch nicht auf einer von der Vollmacht verschiedenen Zuständigkeitsübertragung. Denn in allen Angelegenheiten, in denen eine Zuständigkeitsübertragung notwendig wäre, sind die Gemeindedeputationen nicht zuständig; sie können zwar Dienstverträge schließen, aber keine Gemeindebeamten anstellen, keine Dienstaufsicht über Gemeindebeamte ausüben, keinen Bescheid auf einen Einspruch in Gemeindeabgabensachen erlassen u. a. m. Die Behauptung, daß jede Zuständigkeit auf jeden Gemeindebeamten übertragen werden könnte (S. 104), ist also nach dem Vorstehenden nicht richtig. Die Gemeindeamtsstellen können nicht jede Zuständigkeit erwerben und namentlich nicht in dem Sinne, daß der Gemeindevorstand von der eigenen Zuständigkeit ausgeschlossen würde. Einen Widerspruch finde ich darin, daß der Verfasser anfangs die Übertragung einer Zuständigkeit durch Rechtsgeschäft als begrifflich unmöglich leugnet (S. 47), dann aber doch eine Zuständigkeitsübertragung durch Verwaltungsakt (S. 105) behauptet, als Fortbildung des bestehenden Rechtes im Wege der Verwaltung. Das ist unmöglich. Gebräuche und Gewohnheitsrechte können sich im öffentlichen wie im privaten Rechte nur durch Vornahme von wirksamen Handlungen, aber nicht durch rechtlich oder begrifflich unmögliche und daher in jedem einzelnen Falle unwirksame Handlungsversuche bilden.

Angesichts dieser grundsätzlichen Fragen sind die vorbereitenden Untersuchungen, die die Mitte und den breitesten Raum des Buches einnehmen, als Exkurse und Abschweifungen anzusehen. Aber gerade sie sind vielfach besonders interessant und enthalten wohl die wertvollsten Teile des Werkes.

Hübsch ist schon die auf S. 26 angedeutete Unterscheidung zwischen der Willensbildung (durch die Gemeindevertretung) und der Willenserklärung (durch den Gemeindevorstand), wozu noch als Drittes die Willensübermittelung (durch die Ausfertigungsbeamten und die Boten) tritt. Diese Unterscheidung, die von großem Werte für die Anwendung der Lehre von den Rechtsgeschäften und den Willensmängeln ist, wird dadurch nicht berührt, daß die Verteilung der Geschäfte auf die beiden Behörden (oder richtiger Geschäftsstellen) weder für die Landgemeinden (S. 69) noch für die Städte (S. 73, 74) rein durchgeführt ist.

Sehr hübsch ist auch die Darstellung der Organlehre (S. 29—49), bei der ich aber auch noch nicht von der Meinung abgebracht worden bin, daß der

Digitized by Google

Gebrauch des Wortes Organ ein Mißgriff ist, der die Erforschung der letzten Wahrheit hindert. Das Organ ist und bleibt kein Begriff, sondern ein Bild, mit dem man das, was man meint, immer nur ungefähr ausdrücken kann vgl. Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 28 S. 58). Die Ausführungen über Wahlrecht und Wahlpflicht (S. 43 ff.) befriedigen nicht ganz. Sicherlich ist das Wahlrecht kein Recht in dem Sinne, daß der Berechtigte darauf verzichten oder in anderer Weise (z. B. durch die Verpflichtung, in einem bestimmten Sinne zu wählen, — durch Stimmenverkauf) darüber verfügen könnte. Es ist nur eine Fähigkeit und eine Befugnis, aber doch auch nicht eine Pflicht, wie die Pflicht des Gutsbesitzers zur Verwaltung der Gutsvorstehergeschäfte, so lange kein Vertreter bestellt ist. Es gibt keinen Zwang zur Erfüllung und keinen Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Sehr hübsch ist ferner die Lehre von den Gemeindeangelegenheiten (S. 49—67), namentlich die Unterscheidung zwischen dem eigenen und dem übertragenen Wirkungskreise der Gemeinde. Den Unterschied findet der Verfasser darin, daß der erstere die Angelegenheiten der Gemeindeverwaltung umfaßt, der letztere die Aufgaben, welche der Gemeindevorstand als Ortsobrigkeit zu besorgen hat (S. 63, 74, 76). So glücklich die Unterscheidung begründet ist, so trifft sie doch in den Angelegenheiten der Gemeindeabgaben nicht völlig zu. Diese gehören zu dem eigenen Wirkungskreise der Gemeinde. Aber der Gemeindevorstand ist bei der Veranlagung und bei der Vertretung derselben im Einspruchs- und Verwaltungsstreitverfahren nicht als gesetzlicher Vertreter der Gemeinde, sondern als Ortsobrigkeit zur Tätigkeit berufen. Dies ist nach der festen Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts zweifellos (Friedrichs, Landesverwaltungsgesetz § 61 Anm. 15) und auch im Landesverwaltungsgesetz ausdrücklich vorgesehen. Denn die Vorschrift des § 107 Nr. 1 über die Kostenpflicht der Behörde, welche Partei ist, aber lediglich die Haushaltsinteressen eines von ihr vertretenen Kommunalverbandes zu wahren hatte, trifft gerade solche Fälle, wo die Behörde kraft Amtspflicht, also als Ortsobrigkeit Partei ist. Denn wenn die Behörde nicht Partei, sondern nur Parteivertreterin ist, kommt die Kostenfreiheit nicht in Frage (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 5 S. 451).

Es folgt (auf S. 68—112) die Lehre von den Gemeindeorganen in Land und Stadt, auf die ich schon zum Teil Bezug genommen habe. Hierüber nur noch einzelnes. Zu bezweifeln ist die Meinung (S. 71, 91), daß die Befugnis des Magistrats, einen Beschluß der Stadtverordnetenversammlung wegen Verletzung des Stadtwohls zu beanstanden, durch § 15 Abs. 2 des Zuständigkeitsgesetzes aufgehoben sei. Das war wohl der Wille der Begründung (S. 38), ist aber im Gesetze nicht ausgesprochen. Die Beanstandung durch den Magistrat ist noch zulässig. Die Angelegenheit ist nach § 17 des Zuständigkeitsgesetzes zu erledigen. Aufgehoben ist nur die Befugnis der Aufsichtsbehörden, eine Beanstandung aus diesem Grunde herbeizuführen (Friedrichs, Zuständigkeitsgesetz § 15 Anm. 7, Aufsatz im Preußischen Verwaltungs-Blatte Bd. 17 S. 502; vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 50 S. 6). Entsprechend der allgemeinen Auffassung des Verfassers wird auch die Haftung der Gemeinden für ihre Beamten nach § 31 BGB. weit über das übliche Maß hinaus ausgedehnt.

Digitized by Google

Diese ausführliche Besprechung aller Meinungsverschiedenheiten beweist mehr, als jedes ausdrückliche Lob es könnte, daß ich das Werk für eine wertvolle Bereicherung unseres Schrifttums halte.

Düsseldorf. Karl Friedrichs.

---

18. J. Hahn, Handbuch der Krankenversicherung. 8. und 9. Auflage. 1. Band. Berlin-Lichterfelde 1915. Verlag der „Arbeiter-Versorgung". 881 S. Preis 20 M.

Mit der vorigen Auflage hat sich der rühmlichst anerkannte Kommentar des Verfassers zum Krankenversicherungsgesetze der Reichsversicherungsordnung angepaßt. Der 1913 herausgebrachte 1. Bd. umfaßt die in den beiden ersten Büchern der Reichsversicherungsordnung enthaltenen Vorschriften. Während der in Aussicht gestellte 2. Bd. bislang noch nicht erschienen ist, ergab sich bereits nach zwei Jahren die Notwendigkeit einer Neuauflage dieses ersten Bandes — der beste Beweis für seine Unentbehrlichkeit auch im neuen Gewand und unter dem neuen Rechtszustande.

Die neue Auflage trägt nicht nur der inzwischen erschienenen umfangreichen Literatur zur Reichsversicherungsordnung, Rechtsprechung, Verordnungen und Erlassen, Rechnung, wie sie auch die bis zum Erscheinen herausgekommenen Kriegsgesetze und -Verordnungen bringt, sondern sie enthält auch eine sachliche Fortführung, die zu manchen Änderungen und Verbesserungen geführt hat. Selbstverständlich fordert auch heute noch manche der vertretenen Ansichten zur Kritik heraus. Um nur ein Beispiel zu nennen, so sei auf die Polemik in der Einleitung S. XXXII gegen die Auffassung der Ansprüche des Versicherten als eines subjektiv-öffentlichen Rechtes seitens Kaskel-Sitzler verwiesen, mit welcher Konstruktion „nichts für die Erkenntnis der Rechtsnatur der Ansprüche gewonnen" sei. Gerade diese wird doch mit dieser Konstruktion gefördert, indem sie darauf hinweist, daß die Konstruktion als „staatliche Fürsorge" nur das Motiv trifft, aus dem heraus die soziale Versicherung geschaffen worden ist, während nunmehr festgestellt werden soll, was als Mittel zur Verwirklichung des Motivs geschaffen wurde.

Im übrigen erscheint bei der vorzüglichen Einführung, die der Kommentar besitzt, jede weitere Empfehlung überflüssig; ebenso umgekehrt eine weitergehende Polemik gegen die vorgetragenen Ansichten.

Berlin. Privatdozent Dr. Waldecker.

---

19. Schindler, Rechnungsrat, und Dr. Götze, Syndikus, Jahrbuch der Arbeiterversicherung für 1916, als Ergänzungsband zum Jahrbuche für 1914. Berlin, Liebelsche Buchhandlung, 1916. XLII und 645 S. Preis 4 M.

Den Praktikern ist dies Jahrbuch, als Handkalender, Notizbuch und Auskunftsbehelf für täglichen Bedarf in mannigfachen Fragen des Reichsversicherungsrechts, längst ein unentbehrliches, viel gebrauchtes Hilfsmittel geworden. Zum zweiten Male haben die Herausgeber, der Kriegsnot ge-

Digitized by Google

horchend, sich entschließen müssen, statt eines neuen, vollständigen Jahrbuchs nur einen Ergänzungsband zur Ausgabe für 1914 zu bringen. Auch in dieser Form wird das Buch mit seinem reichhaltigen und übersichtlich geordneten Inhalte seinen Zweck gut erfüllen. Der 1. Teil betrifft das allen Versicherungszweigen Gemeinsame, also das erste, fünfte und sechste Buch der Reichsversicherungsordnung; der 2. Teil bezieht sich auf die Unfallversicherung, der 3. Teil auf die Invaliden- und Krankenversicherung. Die organisatorischen und sonstigen Veränderungen bei Versicherungsbehörden und Versicherungsträgern, „ergänzende Anmerkungen" zum Einführungsgesetz und zur Reichsversicherungsordnung auf Grund der Rechtsprechung aus dem Jahre 1915, neue Bekanntmachungen, Verordnungen und Erlasse und mancherlei sonst Wissenswertes ist in den einzelnen Teilen des Buches enthalten. Vollkommen neu bearbeitet ist das zweite Buch der Reichsversicherungsordnung: ein Kommentar zur Krankenversicherung in gedrängtester Form und doch mit sehr reichhaltigen Nachweisungen, wozu der Benutzer freilich gute Augen mitbringen muß. Alles in allem: ein mit bewährtem Geschicke gestaltetes, recht brauchbares Hilfsbuch.

Zehlendorf (Berlin). Hahn.

---

20. Dr. Richard Thoma, Professor an der Universität Heidelberg, Der Vorbehalt des Gesetzes im preußischen Verfassungsrechte. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1916. 54 S. Preis 1,50 *M*.

Die Schrift gehört zu den Abhandlungen in der Festgabe für Otto Mayer, welche diesem zu seinem siebzigsten Geburtstag am 29. März d. Js. Freunde, Verehrer und Schüler dargebracht haben; sie ist nun auch noch als Sonderabdruck erschienen. In ihr wird, ausgehend von der Unterscheidung der Gesamtheit aller Staatswillensakte in Anordnungen und Vollziehungen und dann weiter mit den von Otto Mayer eingeführten Begriffen „Vorbehalt des Gesetzes" und „Vorrang des Gesetzes" rechnend, untersucht, was der Vorbehalt vom Umkreis aller Anordnungen und Vollziehungen ausscheidet. Dies geschieht unter weitgehender Auseinandersetzung gegenüber den anderen Ansichten, die bisher vertreten worden sind, teilweise mit einer Schärfe der Ausdrucksweise bei der geübten Kritik, die ohne Schädigung der Sache selbst sich sehr wohl hätte mildern lassen (z. B. „Willkürauslegung" und „äußerst fadenscheinige Gründe", S. 194). Dabei zieht sich indessen Thoma selbst gewisse Schranken, so am Anfange (S. 168) die, über den Vorbehalt könne immer noch so viel behauptet und bezweifelt werden, daß seine Ausführungen würden abbrechen müssen, nachdem sie die bloßen Vorhöfe des Verwaltungsrechts durchschritten haben, und am Schlusse (S. 221) die, das vorher Gesagte seien Andeutungen; er hoffe Genaueres in künftiger Untersuchung geben zu können. Bereits diese Beschränkungen bilden einen Anlaß, zurückhaltend zu sein, obwohl manches selbst in den Einzelheiten zur Beanstandung anregt, wie z. B. der allgemeine Satz S. 221: „Gesetze sind vergängliches Willkürwerk; es wohnt ihnen nicht der Selbstzweck inne und die Bewährung zeitlos-allgemeiner Gesetzlichkeit, wie selbst dem bescheidensten Natur-

Digitized by Google

gebilde." Vor allem aber sind Thomas Ausführungen so gehaltreich, daß es nicht bloß schon schwer ist, ihre Ergebnisse kurz zusammengefaßt wiederzugeben, sondern noch schwerer natürlich, zu der einen oder der anderen von ihnen Stellung zu nehmen. Dazu kommt, daß ihr Gegenstand im wesentlichen nicht dem Verwaltungs-, sondern dem Verfassungsrecht angehört, also außerhalb des Rahmens des Verwaltungsarchivs liegt. Immerhin geht er aber doch auch den Verwaltungsbeamten nahe an, und das, was Thoma über ihn sagt, und wie er ihn behandelt, verdient überall die größte Beachtung. Es muß daher zwar genügen, hiermit auf die Abhandlung aufmerksam zu machen, jedoch kann nur dringend angeraten werden, sich selbst mit ihr eingehend zu beschäftigen. Sie zu lesen ist wegen der Fülle und Bedeutung des darin Gebotenen nicht ganz leicht, jedoch die damit gegebene Anregung und der daraus zu erzielende Gewinn sind groß.

Dr. Schultzenstein.

---

21. Dr. Fritz Fleiner, Professor an der Universität Zürich, Beamtenstaat und Volksstaat. Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1916. 27 S. Preis 1 *M*.

Gleich der vorstehend besprochenen hat auch diese Abhandlung einen Teil der Festgabe für Otto Mayer gebildet. Den Unterschied zwischen einem Beamtenstaat und einem Volksstaate findet Fleiner darin, daß das äußerlich sichtbarste Zeichen des ersteren das berufsmäßige Beamtentum bildet, das des letzteren die Bekleidung der öffentlichen Ämter durch aus den Reihen gerufene Bürger, die nach Beendigung des Amtes wieder in ihren privaten Beruf zurückkehren; dabei würden Gerichts- und Verwaltungsämter grundsätzlich gleich behandelt. Ob das berufsmäßige Beamtentum wirklich in solcher Weise das äußerlich sichtbarste Zeichen und nicht vielmehr bloß ein Ausfluß von anderen noch wesentlicheren und mindestens ebenso äußerlich sichtbaren Dingen ist, die in einem Staate vorhanden sein müssen, um ihn zum Volksstaate zu machen, möchte fraglich sein. Es kann dies jedoch dahingestellt bleiben. Denn immer handelt es sich höchstens um eine nicht ganz zutreffende, indessen naheliegende und bequeme Bezeichnung.

In ansprechender Form und sachlich sehr anregend legt Fleiner die Vorzüge und Nachteile dar, die auf der einen Seite das berufsmäßige und auf der anderen Seite das nicht berufsmäßige Beamtentum hat, und zeigt er die mannigfachen Zwischenbildungen, die dabei möglich sind und tatsächlich vorkommen. Daß das Deutsche Reich infolge der geschichtlichen Entwicklung seiner Bundesstaaten ein besonders stark ausgeprägtes Berufsbeamtentum hat, legt die Annahme nahe, daß, abgesehen von verhältnismäßig geringen Ausnahmen (besonders in der Selbstverwaltung und als Laienrichtertum), gar nichts anderes bestehen könne und solle, und hat dahin geführt, daß wir nur geringe Kenntnis von den abweichenden Rechtszuständen und wenig Verständnis für sie haben. Dem abzuhelfen, scheint mir der große allgemeine und hauptsächlichste Wert der Abhandlung zu sein, und der Gewinn, den jeder Leser, in der Weise wie der Reichsdeutsche dann jeder andere Deutsche umgekehrt, aus ihr hat, ist, um mit Fontane zu reden, die Erkenntnis,

Digitized by Google

daß „es sone und sone gibt", d. h. daß sehr Verschiedenes nicht bloß möglich ist, sondern auch seine Berechtigung hat, zunächst, sobald die Umstände, unter denen es vorhanden ist, verschieden sind, sodann aber auch sogar unter mehr oder weniger gleichen Umständen, je nachdem die Gewohnheit ist und die als Beamte zur Verfügung stehenden Menschen sind.

Die Beschäftigung mit der Abhandlung ist hiernach bereits jedem zu empfehlen, besonders aber allen, die bei uns dem berufsmäßigen Beamtentum angehören, darunter denen der Verwaltung. Den letzteren wird dann z. B. verständlicher werden, weshalb England und die Vereinigten Staaten von Nordamerika kein von Zivil- und Strafrecht unterschiedenes besonderes Verwaltungsrecht kennen und damit auch keine Verwaltungsrechtsprechung haben, auf die wir trotz der übergroßen Zahl und Verschiedenheit ihrer Arten für das Reich und die Bundesstaaten glauben stolz sein zu dürfen.

Dr. Schultzenstein.

---

22. Dr. Görres, Rechtsanwalt und Notar, Verteidiger bei dem Reichs-Militärgerichte zu Berlin, Gesammelte Aufsätze und Abhandlungen zum Kaligesetze. Verlag der Deutschen Bergwerks-Zeitung G. m. b. H., Essen Ruhr, 1916. 209 S.

Der Inhalt des Buches hängt mindestens zum größten Teile damit zusammen, daß von dem Verfasser im Jahre 1911 mit Kormann, einem der zahlreichen schmerzlichen Opfer, die durch den gegenwärtigen Krieg von der Rechtswissenschaft erfordert worden sind, das Reichskaligesetz mit sehr wertvollen und in den Kreisen der Beteiligten sehr geschätzten Erläuterungen herausgegeben worden ist (siehe Verwaltungsarchiv Bd. 20 S. 507). Er umfaßt 15 Nummern, die durch die gleiche Beziehung zum Kaligesetze miteinander verbunden sind, sonst aber verschiedene Gegenstände betreffen und verschiedenen Anlaß und Zweck haben, z. B. Nr. I dem Reichsamte des Innern vorgelegte Vorschläge zur Verbesserung des Kaligesetzes, Nr. VIII die allgemeine Begründung einer Berufung, Nr. IX eine gegnerische Berufungsrechtfertigungsschrift, Nr. XI die allgemeine Begründung zu einer Entscheidung der Berufungskommission, Nr. XII eine Kritik dieser allgemeinen Urteilsbegründung, Nr. XIII ein Ausblick in die Zukunft der deutschen Kaliindustrie und Nr. XIV eine Betrachtung über Kaliindustrie und Staatsgewalt. Die einzelnen Nummern sind teils kürzer teils länger, teils von geringerer Wichtigkeit, vielfach jedoch auch von allgemeiner grundsätzlicher Bedeutung, die mitunter selbst über das Kaligesetz hinausgeht (vgl. etwa S. 63), teils betreffen sie die materiellen Bestimmungen des Gesetzes, teils, und zwar besonders häufig, das Verfahren. Alle Ausführungen von Görres sind mit eingehender Sachkunde abgefaßt und verdienen eine sorgfältige Nachprüfung. Sollte es einmal in absehbarer, freilich gegenwärtig in die Ferne gerückter Zeit zu einer umfassenderen Abänderung des Gesetzes, als 1915 geschehen und vorläufig für 1916 geplant ist, kommen, so werden die in dieser Richtung gemachten Vorschläge nicht nur Beachtung finden müssen, sondern es wird ihnen auch vielfach Rechnung zu tragen sein.

Digitized by Google

Dahin gehören z. B. unmittelbar gleich der in der Nr. I begründete, auf Einführung einer Revisionsinstanz gerichtete Vorschlag und mittelbar vieles, so die Nr. XIII und XIV.

Dr. Schultzenstein.

---

23. Dr. Albert Hellwig, Amtsrichter, z. Zt. im Felde, Weltkrieg und Aberglaube. Erlebtes und Erlauschtes. VII und 159 S. Leipzig 1916. Verlag von Wilhelm Heims. Preis 2,40 *M*.

Am 9. Oktober 1915, dem Tage, welcher unter dem Vorworte steht, ist der Verfasser fast vierzehn Monate, von zwei Wochen des Urlaubs abgesehen, im Felde, in Belgien und Frankreich, gewesen. Es ist erstaunlich, daß er trotzdem so vielen Stoff für sein Buch hat zusammentragen können. Dieser Stoff gehört in der Hauptsache der Sittengeschichte an und scheidet damit von einer Besprechung im Verwaltungsarchiv aus. Es sei deshalb insoweit nur noch bemerkt, daß es fast unglaublich und beschämend ist, welche große Rolle der Aberglaube noch immer auch bei uns und im jetzigen Kriege spielt. Am Schlusse des Buches finden sich indessen auch zwei Abschnitte: „Maßnahmen der Gerichte und Verwaltungsbehörden gegen die Wahrsager" und „Pflicht des Staates, auch gegen das Wahrsageunwesen und gegen die abergläubische Schundliteratur schonungslos einzuschreiten." Beide Abschnitte fallen unter den Rahmen des Verwaltungsarchivs. In ihnen bespricht Hellwig die Möglichkeit eines strafrechtlichen Einschreitens wider das Wahrsagen wegen Betrugs und wegen groben Unfugs, partikularrechtlich auch wegen Gaukelei, ferner die Maßnahmen, welche während des Krieges die Militärbehörden und ihnen folgend die Polizeibehörden getroffen haben und treffen können. Sodann geht er auf das ein, was die Verwaltungsbehörden gegenüber den Wahrsagern zu tun vermögen, und hierbei vor allem auf die bekannte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 8. Oktober 1914, wonach es zulässig ist, polizeilich jede Ankündigung des Wahrsagens und das Wahrsagen selbst zu verbieten. Ungeachtet mancher theoretischer Bedenken, die sich gegen dieses Urteil ergäben, müsse es doch als für die Praxis sehr erfreulich bezeichnet werden, dies um so mehr, als es für die kommende Friedenszeit die Möglichkeit schaffe, wenigstens bis zu einem gewissen Grade die Errungenschaften des Kriegsrechts auch künftig nicht verloren gehen zu lassen. Sollten aber die zu Gebote stehenden Handhaben nicht ausreichen, so müsse gesetzlich geholfen werden. Allen diesen Ausführungen läßt sich nur beitreten. Gewiß ist der Aberglaube auf Schwächen der menschlichen Natur zurückzuführen und aus ihnen zu erklären. Das schwere Unheil, welches er anrichtet, erstreckt sich aber gar zu weit, und zwar nicht nur in denjenigen Kreisen der Bevölkerung, für die der Aberglaube noch entschuldbar ist, sondern auch in denjenigen, wo es an jeder Entschuldigung fehlt und doch mit schlechtem Beispiele vorangegangen wird. Werden die bereits vorhandenen verschiedenen Hilfsmittel unnachsichtlich angewendet, so kann und muß es gelingen, den Aberglauben auf ein erträgliches Maß einzuschränken, ohne die Gesetzgebung in Bewegung zu setzen. Das aber wäre am besten.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

Nay-Kniebe, Branntweinsteuergesetz vom 15. Juli 1909. Unter Berücksichtigung der für das Reich erlassenen Ausführungsbestimmungen. Mit Einleitung, Kommentar und Anhang, enthaltend Kriegsverordnungen. 2. Aufl. Berlin 1916, J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung, G. m. b. H. 250 S. Preis geb. 4 *M*.

Nachdem der Verfasser der 1. Auflage im Dienste des Vaterlandes sein Leben verloren hat, ist die jetzige Auflage von dem Regierungsassessor und Hilfsarbeiter im Reichsamte des Innern Dr. Kniebe bearbeitet worden. Es treten darin statt der Rücksichtnahme auf die Übergangszeit in sehr dankenswerter Weise die wirtschaftlichen Beziehungen mehr hervor. Im übrigen sind außer den Änderungen, die das Gesetz vom 14. Juni 1912 notwendig gemacht hat, und die sich sonst im allgemeinen von selbst verstehen, Plan und Anlage geblieben, und die neue Auflage läßt an Sachkenntnis und Sorgfalt nichts zu wünschen übrig. Das Buch gehört zu der Guttentagschen Sammlung deutscher Reichsgesetze, Textausgaben mit Anmerkungen, und zwar zu demjenigen Teile davon, der über den gewöhnlichen Begriff von bloßen Textausgaben mit Anmerkungen hinausgeht. Denn es ist schwer zu sagen, was an Erläuterungen noch mehr, als gegeben worden ist, hätte geliefert werden können. Das aber ist um so weniger ein Fehler, als man es mit dem bisher einzigen Kommentare zum Gesetze zu tun hat, und als das letztere nicht bloß für die Verwaltung, sondern auch für die Strafgerichtsbarkeit von erheblicher Bedeutung ist.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

X.

Die geschichtliche Entwicklung der Krankenversicherung.

Von Herrn Wirklichem Geheimem Oberregierungsrate Dr. Hoffmann in Berlin-Grunewald.

I. Die ersten Anfänge einer gesetzlichen Regelung der Krankenversicherung finden sich im preußischen Rechte. Allerdings gab es ursprünglich nur Krankenkassen, zu denen der Beitritt freiwillig war, die also nach dem heutigen Sprachgebrauch als private Versicherungsunternehmungen anzusprechen waren. Das Allgemeine Landrecht beschränkte sich auf die kurze Vorschrift, daß solche gemeinschaftlichen Kassen nicht ohne landesherrliche Genehmigung errichtet werden durften (Teil I Titel 11 § 651). Durch die Allerhöchste Kabinettsorder vom 29. September 1833 (GS. S. 121) wurde die Genehmigung zur Errichtung dieser Kassen den Oberpräsidenten und, sofern sich der Bezirk der Kasse über den Bezirk der Provinz hinaus erstreckte, dem Minister des Innern übertragen. Unter diesen Unterstützungskassen nahmen die Kassen für Gesellen und Gehilfen sowie die Kassen für selbständige Gewerbetreibende und Innungsgenossen eine besondere Bedeutung an, so daß sich mit der fortschreitenden Entwicklung des Gewerbes, insbesondere mit der zunehmenden Ausbreitung der Fabrikbetriebe, die Notwendigkeit einer besonderen Regelung herausstellte. Das geschah zuerst hinsichtlich der Gesellenunterstützungskassen in den

Digitized by Google

§§ 144, 145 der Preußischen Allgemeinen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 (GS. S. 41), indem den Gesellen und Gehilfen einschließlich der Fabrikarbeiter die Beibehaltung der zur gegenseitigen Unterstützung vorhandenen besonderen Kassen gestattet wurde. Es blieb jedoch vorbehalten, die Einrichtung derselben nach Befinden abzuändern und zu ergänzen. Ferner wurde die Bildung neuer Kassen mit Genehmigung der Regierung unter den von dieser festzusetzenden Bedingungen gestattet. Dabei durfte aber ein Geselle oder Gehilfe oder ein Fabrikarbeiter deshalb nicht vom Beitritt ausgeschlossen werden, weil er nicht bei einem Innungsgenossen arbeitete. Ferner gestattete § 169 a. a. O. den Gemeinden, durch Ortsstatut (§ 168 a. a. O.) für alle an dem Orte beschäftigten Gesellen und Gehilfen die Verpflichtung zum Beitritte zu den Unterstützungskassen festzusetzen. Auch hier durfte ein Unterschied zwischen den Gesellen und Gehilfen der Innungsgenossen und denjenigen, welche bei anderen Gewerbtreibenden arbeiteten, nicht angeordnet werden.

Schon bald darauf wurden durch die Verordnung, betreffend die Errichtung von Gewerberäten und verschiedene Abänderungen der Allgemeinen Gewerbeordnung vom 9. Februar 1849, (GS. S. 39) die Verhältnisse dieser Kassen weiter geregelt. Im § 57 a. a. O. wurde vorgeschrieben, daß durch Ortsstatut bestimmt werden könne, daß alle, welche am Orte gleiche oder verwandte Gewerbe selbständig betrieben, verpflichtet sein sollten, zur Beförderung solcher Einrichtungen, welche die Unterbringung oder Unterstützung erkrankter oder aus anderen Gründen hilfsbedürftiger Gesellen oder Gehilfen bezweckten, unter den von der Kommunalbehörde mit Genehmigung der Regierung festzustellenden Bedingungen zusammenzutreten und dazu Beiträge aus eigenen Mitteln zu entrichten. Die Beiträge waren für alle Beteiligten nach gleichen Grundsätzen abzumessen. Der Gesamtbeitrag der selbständigen Gewerbetreibenden durfte nicht höher bemessen werden als die Hälfte des Beitrags, welchen die Gesellen oder Gehilfen entrichten mußten. Den selbständigen Gewerbetreibenden konnte durch das Ortsstatut die Verpflichtung auferlegt werden, die Beiträge ihrer Gesellen und Gehilfen unter Vorbehalt der Anrechnung auf die nächste Lohnzahlung vorzuschießen. Die für die Gesellen und Gehilfen geltenden Vorschriften wurden durch § 58 a. a. O. auf die Fabrikarbeiter ausgedehnt. Im einzelnen konnte durch Ortsstatut für alle am Orte

Digitized by Google

beschäftigten Fabrikarbeiter die Verpflichtung festgesetzt werden, den Gesellenkassen beizutreten. Außerdem wurden die Gemeinden ermächtigt, durch Ortsstatut für die Inhaber von Fabriken die Verpflichtung festzusetzen, sich bei der Unterstützungskasse der Fabrikarbeiter durch Beiträge aus eigenen Mitteln bis zur Hälfte des Betrags, den die bei ihnen beschäftigten Arbeiter aufbrachten, zu beteiligen, auch die Beiträge der Arbeiter unter Vorbehalt der Anrechnung auf die nächste Lohnzahlung vorzuschießen. In den von der Regierung zu genehmigenden Kassenstatuten mußte den Unternehmern von Fabriken eine ihrer Stellung als Arbeitgeber und der Höhe der Beiträge entsprechende Teilnahme an der Kassenverwaltung eingeräumt werden. Endlich wurde im § 59 a. a. O. die Zulässigkeit der Beitreibung der Beiträge im Verwaltungszwangsverfahren vorgesehen.

In dem Gesetze, betreffend die gewerblichen Unterstützungskassen, vom 3. April 1854 (GS. S. 138) fand die gesetzliche Regelung der Krankenkassen für Gesellen und Gehilfen in Preußen insofern ihren Abschluß, als die Möglichkeit geschaffen wurde, durch Ortsstatut den Gesellen, Gehilfen, Fabrikarbeitern und den gegen Lohn beschäftigten Lehrlingen auch die Bildung von Kassen zu gegenseitiger Unterstützung zur Pflicht zu machen (§ 1); ferner wurden die Regierungen ermächtigt, nach Anhörung Gewerbetreibender und der Kommunalbehörden für einzelne oder gemeinsam für mehrere Ortschaften, sofern dem Bedürfnisse nicht durch ein entsprechendes Ortsstatut genügt wurde, selbst das erforderliche Ortsstatut zu erlassen (§ 3).

Anlangend die Kassen für selbständige Gewerbetreibende, so wurde im § 56 der Verordnung, betreffend die Errichtung von Gewerberäten und verschiedene Abänderungen der Allgemeinen Gewerbeordnung, vom 9. Februar 1849 (GS. S. 39) vorgeschrieben, daß durch Ortsstatut für alle, welche im Gemeindebezirk ein Gewerbe selbständig betrieben, für welches dort eine Innung bestand, mit Zustimmung der Innung die Verpflichtung festgesetzt werden konnte, der Kranken-, Sterbe- und Hilfskasse der Innungsgenossen, deren Verwaltung nach § 104 der Allgemeinen Gewerbeordnung der Innung oblag, beizutreten. Hinsichtlich der Beiträge und Leistungen der Kassen durfte zwischen den Innungsgenossen oder ihren Angehörigen und anderen Beteiligten kein Unterschied stattfinden. Auch mußte den zu den Innungen nicht

Digitized by Google

gehörigen Beteiligten durch das Statut der Kassen eine den Verhältnissen entsprechende Teilnahme an der Kassenverwaltung und an den Beratungen über die gemeinsamen Kassenangelegenheiten gesichert und in gleicher Art wie den Innungsgenossen Gelegenheit gegeben werden, von den Ergebnissen der Kassenverwaltung Kenntnis zu nehmen. Ferner wurde in §§ 2, 3 des Gesetzes, betreffend die gewerblichen Unterstützungskassen, vom 3. April 1854 (GS. S. 138) vorgesehen, daß auch da, wo Innungskassen nicht bestanden, für Gewerbetreibende der Zwang zum Beitritte zu Kranken-, Sterbe- und sonstigen Hilfskassen, die durch Ortsstatut oder durch Anordnung der Regierung zu gegenseitiger Unterstützung errichtet waren, eingeführt werden konnte. Nachdem durch § 140 der Reichsgewerbeordnung vom 21. Juni 1869 (BGBl. S. 245) die durch Ortsstatut oder Anordnung der Verwaltungsbehörde begründete Verpflichtung der selbständigen Gewerbetreibenden, einer mit einer Innung oder außerhalb derselben bestehenden Kranken-, Hilfs- oder Sterbekasse für selbständige Gewerbetreibende beizutreten, aufgehoben worden ist, bieten diese Kassen für die weitere Entwicklung der Krankenversicherung kein Interesse mehr.

II. Beim Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung wurde zunächst an den bisherigen Verhältnissen nichts Wesentliches geändert, denn § 141 a. a. O. bestimmte:

> Bis zum Erlaß eines Bundesgesetzes bleiben die Anordnungen der Landesgesetze über die Kranken-, Hilfs- und Sterbekassen für Gesellen, Gehilfen und Fabrikarbeiter in Kraft.
>
> Die durch Ortsstatut oder Anordnung der Verwaltungsbehörde begründete Verpflichtung der Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge und Fabrikarbeiter, einer bestimmten Kranken-, Hilfs- oder Sterbekasse beizutreten, wird indes für diejenigen aufgehoben, welche nachweisen, daß sie einer anderen Kranken-, Hilfs- oder Sterbekasse angehören.

Nachdem aber durch das Gesetz über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. April 1876 (RGBl. S. 125) die inneren und äußeren Verhältnisse der Kassen, welche die gegenseitige Unterstützung ihrer Mitglieder für den Fall der Krankheit bezweckten, geregelt worden waren, wurde durch die Novelle zur Gewerbeordnung vom 8. April 1876 (RGBl. S. 134) nach dem Vorbilde der preußischen Gesetzgebung die zwangsweise Errichtung von eingeschriebenen Hilfskassen durch Ortsstatut, die Einführung des Beitrittszwanges gegenüber

Digitized by Google

diesen Kassen sowie die Zuziehung der Arbeitgeber zur Beitragsleistung auf dem gleichen Wege vorgesehen. Die in Frage kommenden Vorschriften lauteten:

§ 141. Durch Ortsstatut (§ 142) kann die Bildung von Hilfskassen nach Maßgabe des Gesetzes über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. April 1876 zur Unterstützung an Gesellen, Gehilfen und Fabrikarbeiter angeordnet werden.

In diesem Falle ist die Gemeindebehörde ermächtigt, nach Maßgabe des genannten Gesetzes die Einrichtung der Kassen nach Anhörung der Beteiligten zu regeln und die Verwaltung der Kassen sicherzustellen.

§ 141 a. Durch Ortsstatut kann Gesellen, Gehilfen und Fabrikarbeitern, welche das sechzehnte Lebensjahr zurückgelegt haben, die Beteiligung an einer auf Anordnung der Gemeindebehörde gebildeten Kasse zur Pflicht gemacht werden.

Von der Pflicht, einer solchen Hilfskasse beizutreten oder fernerhin anzugehören, werden diejenigen befreit, welche die Beteiligung an einer anderen eingeschriebenen Hilfskasse nachweisen.

Wer der Pflicht zur Beteiligung nicht genügt, kann von der Kasse für alle Zahlungen, welche bei rechtzeitigem Eintritte von ihm zu entrichten gewesen wären, in Anspruch genommen werden.

§ 141 b. Für Gesellen, Gehilfen und Fabrikarbeiter, welche nach Maßgabe der Landesgesetze auf Grund einer Anordnung der Gemeindeverwaltung regelmäßige Beiträge zum Zwecke der Krankenunterstützung entrichten, kann durch Ortsstatut die Verpflichtung zur Beteiligung an einer eingeschriebenen Hilfskasse nicht begründet werden.

§ 141 c. Durch Ortsstatut kann bestimmt werden:

1. daß Arbeitgeber diejenigen Beiträge, welche ihre Arbeiter an eine auf Anordnung der Gemeindebehörde gebildete Hilfskasse zu entrichten haben, bis auf die Hälfte des verdienten Lohnes vorschießen, soweit diese Beiträge während der Dauer der Arbeit bei ihnen fällig werden;
2. daß Fabrikinhaber zu den vorgedachten Beiträgen ihrer Arbeiter Zuschüsse bis auf die Höhe der Hälfte dieser Beiträge leisten;
3. daß Arbeitgeber ihre zum Eintritt in eine bestimmte Hilfskasse verpflichteten Arbeiter für diese Kasse anmelden. Wer dieser Pflicht nicht genügt, kann von der Kasse für alle Zahlungen, welche bei rechtzeitigem Eintritte von den Arbeitern zu entrichten gewesen wären, gleich einem Mitglied in Anspruch genommen werden.

Nachdem noch im § 141 d die Verjährung der Forderungen der Kassen, im § 141 e der Erlaß der Ortsstatute durch größere Kommunalverbände und im § 141 f die Anwendung der Vor-

Digitized by Google

schriften des Gesetzes auf Bergwerke, Aufbereitungsanstalten und Brüche oder Gruben geregelt war, wurde hinsichtlich der bestehenden landesrechtlichen Hilfskassen in Art. 2 folgendes vorgeschrieben:

> Hilfskassen, in Ansehung deren eine Eintrittspflicht gewerblicher Arbeiter bei Erlaß dieses Gesetzes begründet ist, werden bis auf weitere Bestimmung der Zentralbehörde den eingeschriebenen Hilfskassen im Sinne des Artikels 1 gleichgeachtet. Bis dahin bleibt die Pflicht zum Beitritte, sowie zur Zahlung von Beiträgen und Zuschüssen für Arbeiter und Arbeitgeber bestehen. Wenn Arbeiter oder Arbeitgeber ihrer Pflicht nicht genügen, so treten die in den §§ 141 a und 141 c bestimmten Rechtsfolgen ein.
>
> Hilfskassen, in Ansehung deren eine Eintrittspflicht gewerblicher Arbeiter nicht begründet ist, werden, wenn sie bei Erlaß dieses Gesetzes auf Grund landesbehördlicher Genehmigung im Besitze der Rechte einer juristischen Person sich befinden, in bezug auf die Befreiung ihrer Mitglieder von der durch § 141 a begründeten Verpflichtung den eingeschriebenen Hilfskassen gleichgeachtet.
>
> Hat eine der in diesem Artikel bezeichneten Hilfskassen bis zum Ablaufe des Jahres 1884 ihre Zulassung als eingeschriebene Hilfskasse nicht bewirkt, so geht sie der gedachten Rechte verlustig.[1])

III. Beim Erlasse des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73 ff.) gab es also zweierlei Arten von Hilfskassen, und zwar eingeschriebene Hilfskassen, die auf Grund des Gesetzes über die eingeschriebenen Hilfskassen vom 7. April 1876 (RGBl. S. 125 ff.) errichtet waren, und sogenannte landesrechtliche Hilfskassen, die vor Inkrafttreten der Novelle zur Gewerbeordnung vom 8. April 1876 (RGBl. S. 134) auf Grund landesrechtlicher Vorschriften errichtet waren; denn die im Art. 2 dieses Gesetzes vorgeschriebene Umänderung jener Kassen in eingeschriebene Hilfskassen bis zum Ablaufe des Jahres

[1]) Am Schlusse des Jahres 1876 gab es in Preußen 5239 Unterstützungskassen mit 869 204 Mitgliedern, die auf Grund der Allgemeinen Gewerbeordnung oder des Gesetzes vom 3. April 1854 bestanden. Von diesen waren am Schlusse des Jahres 1880 4342 Kassen mit 716 788 Mitgliedern noch nicht zu Hilfskassen umgestaltet. Eingeschriebene Hilfskassen gab es am Schlusse des Jahres 1880 in Preußen 559 mit 123 000 Mitgliedern. Ortsstatute über Einführung des Beitrittszwanges gab es im Deutschen Reiche bei Erlaß des Krankenversicherungsgesetzes nur 360, von denen allein 342 auf Preußen entfielen. Von den übrigen 18 Ortsstatuten war je 1 in Baden, Sachsen und Sachsen-Meiningen vorhanden; je 2 kamen auf Oldenburg und Coburg-Gotha, je 3 auf Fürstentum Lippe und Hessen und 5 auf Mecklenburg-Schwerin.

Digitized by Google

1884 wurde, nachdem das Gesetz durch Art. 87 des Krankenversicherungsgesetzes aufgehoben worden war, nicht mehr durchgeführt. Unter den Hilfskassen beiderlei Art gab es dann wieder solche mit Beitrittszwang und solche ohne Beitrittszwang. Während sich die eingeschriebenen Hilfskassen auf die Versicherung gegen Krankheit beschränken mußten und beschränkten, gewährten die landesrechtlichen Hilfskassen neben der Krankenunterstützung auch Invaliden-, Witwen- und Waisenpensionen. Durch das Krankenversicherungsgesetz erfuhren die Hilfskassen mit Beitrittszwang eine andere Behandlung wie die Hilfskassen ohne Beitrittszwang. Die zuerst bezeichneten Kassen unterlagen nach § 85 Abs. 1 den Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes. Sie wurden unter Beibehaltung des Mitgliederkreises Ortskrankenkassen und waren zu dem Zwecke verpflichtet, ihre Statuten bis zum 1. Januar 1885 der erforderlichen Änderung zu unterziehen. Geschah das nicht, so vollzog die höhere Verwaltungsbehörde die Änderung mit rechtsverbindlicher Wirkung. Die Folge der Beibehaltung dieser Kassen war, daß zahlreiche Ortskrankenkassen bestanden, deren Mitgliederkreis mit dem Mitgliederkreis anderer Kassen in Widerspruch stand, was zahllose Streitigkeiten über die Kassenzugehörigkeit zur Folge hatte. Das war um so mißlicher, als diese bestehenden Kassen weder verpflichtet noch berechtigt waren, ihren Mitgliederkreis zu ändern; vgl. Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 26. Februar 1903 (Arbeiterversicherung S. 489). Soweit die landesrechtlichen Hilfskassen besondere Leistungen, welche von den Krankenkassen nicht übernommen werden durften, gewährten, konnten diese, wenn sie nicht in Invaliden-, Witwen- und Waisenpensionen bestanden, unter der Voraussetzung beibehalten werden, daß hierfür in den Beiträgen und sonstigen Einnahmen die genügende Deckung gegeben war. Für die Gewährung solcher Pensionen konnte eine besondere Pensionskasse mit Beitrittszwang für diejenigen Klassen von Personen, welche der bisherigen Kasse beizutreten verpflichtet waren, errichtet werden. Fand die Errichtung einer besonderen Pensionskasse nicht statt, so war nach Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde aus dem Vermögen der bisherigen Kasse ein Betrag auszuscheiden, welcher erforderlich war, um die bereits entstandenen Pensionsansprüche zu decken (§§ 85, 86 a. a. O.).

Hilfskassen ohne Beitrittszwang wurden Zuschußkassen. Sie konnten aber auch Träger der Krankenversicherung werden, indem

Digitized by Google

durch die Satzung die Gewährung mindestens der Leistungen eingeführt wurde, welche die Gemeindekrankenversicherung des Sitzes der Hilfskasse gewähren mußte (§ 75 a. a. O.).

Außer den Hilfskassen mit Beitrittszwang blieben auch alle anderen Kassen, hinsichtlich deren der Beitrittszwang bestand, mit der Maßgabe, daß für die Gewährung von Invaliden-, Witwen- und Waisenpensionen eine besondere Pensionskasse eingerichtet oder ein Vermögensteil ausgesondert werden mußte, als Krankenkassen erhalten. Dahin gehörten die Fabrik- (Betriebs-) Krankenkassen, bei denen der Beitrittszwang durch den Arbeitsvertrag oder durch die Arbeitsordnung eingeführt war, und die Innungskrankenkassen, deren Verhältnisse durch die Novelle zur Gewerbeordnung vom 18. Juli 1881 (RGBl. S. 233) neu geregelt waren, und wo der Beitrittszwang gleichfalls auf dem Arbeitsvertrag oder Lehrvertrag oder auf der Arbeitsordnung beruhte.

Manche der bestehenden Kassen haben ihre Auflösung zugunsten einer neuzugründenden Ortskrankenkasse beschlossen; die weit überwiegende Mehrzahl dieser Kassen ist als Krankenkasse unter der Herrschaft des Krankenversicherungsgesetzes bestehen geblieben.

IV. Als Träger der Krankenversicherung kannte das Krankenversicherungsgesetz die Gemeindekrankenversicherungen, die Ortskrankenkassen, die Betriebs- (Fabrik-) Krankenkassen, die Innungskrankenkassen, die Knappschaftskassen, die eingeschriebenen Hilfskassen und die landesrechtlichen Hilfskassen.

1. Die Gemeindekrankenversicherung war keine Krankenkasse, sondern eine kommunale Einrichtung, die für alle Gemeinden, soweit nicht für die Versicherungspflichtigen durch Krankenkassen gesorgt war, ohne weiteres bestand und die Gemeinden kraft Gesetzes verpflichtete, gegen die Befugnis zur Erhebung eines gesetzlich bemessenen Versicherungsbeitrags jedem in ihrem Bezirke beschäftigten, dem Versicherungszwang unterworfenen Arbeiter, welcher keiner Krankenkasse angehörte, für den Fall der Krankheit eine nach Höhe und Dauer gesetzlich bemessene Unterstützung (gesetzliche Mindestleistungen) zu gewähren. Im Jahre 1913 gab es 8033 Gemeindekrankenversicherungen mit 1 737 752 Mitgliedern. Die große Zahl der Gemeindekrankenversicherungen erklärt sich dadurch, daß dieser Versicherungsträger entgegen der Absicht der Gesetz-

Digitized by Google

gebung nicht den ihm zugedachten Charakter als subsidiäre Einrichtung angenommen hatte, sondern in manchen, namentlich ländlichen Bezirken zum ausschließlichen Träger der Krankenversicherung an Stelle der Ortskrankenkassen gewählt worden war. Während in Preußen im Jahre 1913 neben 3028 Ortskrankenkassen 1778 Gemeindekrankenversicherungen in Tätigkeit waren, gab es in Bayern nur 75 Ortskrankenkassen, aber 3595 Gemeindekrankenversicherungen. Bei Errichtung einer Krankenkasse schieden die versicherungspflichtigen Personen ohne weiteres aus der Gemeindekrankenversicherung aus; die Kasse war aber nicht Rechtsnachfolgerin der Gemeindekrankenversicherung.

2. Die Ortskrankenkassen wurden, soweit nicht bestehende Hilfskassen mit Beitrittszwang in diese umgewandelt wurden, in der Regel durch Beschluß der Gemeinde für ihren Bezirk errichtet. Auch die weiteren Kommunalverbände konnten die Errichtung dieser Kassen für ihren Bezirk oder Teile desselben beschließen. Die höhere Verwaltungsbehörde war befugt, ihre Errichtung anzuordnen. Bei der Errichtung der Ortskrankenkassen sollte von dem Grundsatz ausgegangen werden, daß möglichst die Berufsgenossen in einer Kasse vereinigt würden. Dabei war die Erwägung maßgebend, daß eine solche Zusammenfassung bei der verhältnismäßig gleichen Krankheitsgefahr die zweckmäßigste sei, zumal bei ihr durch die am leichtesten durchzuführende Selbstverwaltung ein wohltätiger moralischer Einfluß ausgeübt und durch die nahen Beziehungen der Kassenmitglieder zueinander die zur Bekämpfung der Simulation unentbehrliche Kontrolle erleichtert werde. Demgemäß wurden die Ortskrankenkassen in der Regel für die in einem Gewerbezweig oder in einer Betriebsart (Handwerk, Fabrik) beschäftigten Personen errichtet. Neben diesen Ortskrankenkassen gab es aber zahlreiche gemeinsame Ortskrankenkassen, die entweder für mehrere Gewerbezweige oder Betriebsarten im Bezirk einer Gemeinde, oder für mehrere Gewerbezweige oder Betriebsarten für den Bezirk mehrerer Gemeinden oder eines weiteren Kommunalverbandes oder für nur einen Gewerbezweig oder nur eine Betriebsart im Bezirke mehrerer Gemeinden oder eines weiteren Kommunalverbandes errichtet worden waren. Im Jahre 1913 gab es 4678 Ortskrankenkassen mit 7 739 287 Mitgliedern. Bei einer Gesamtzahl von 13 566 473 Versicherten war also mehr als die Hälfte in Ortskrankenkassen versichert.

Digitized by Google

3. Betriebskrankenkassen besorgen die Versicherung der in einem größeren gewerblichen Betriebe beschäftigten Personen. Ihre Errichtung war nur für einen einzelnen Betrieb oder für mehrere Betriebe desselben Unternehmers und bei einer Beschäftigung von fünfzig versicherungspflichtigen Personen zulässig. Außerdem gab es aus der vorgesetzlichen Zeit gemeinsame Betriebskrankenkassen mehrerer Unternehmer, die aber ihre Zuständigkeit auf Betriebe anderer Unternehmer nicht ausdehnen durften; vgl. Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 8. Juni 1896 (Bd. 30 S. 344). Gemeinsame Betriebskrankenkassen mehrerer Unternehmer konnten auch dadurch entstehen, daß der Unternehmer, der für mehrere ihm gehörende Betriebe eine gemeinsame Betriebskrankenkasse besaß, einen oder mehrere Betriebe veräußerte und der neue Eigentümer die Ausscheidung der fraglichen Betriebe aus der Betriebskrankenkasse nicht beantragte. Mit der Errichtung der Betriebskrankenkasse schieden alle in dem Betrieb oder in den Betrieben beschäftigten Personen ohne weiteres aus der Gemeindekrankenversicherung oder der Ortskrankenkasse aus. Eine Vermögensauseinandersetzung fand nicht statt. Im Jahre 1913 bestanden 7690 Betriebskrankenkassen mit 3 711 012 Mitgliedern.

Eine Abart der Betriebskrankenkassen waren die Baukrankenkassen, welche die Bauherren auf Anordnung der höheren Verwaltungsbehörde für Eisenbahn-, Kanal-, Wege-, Strom-, Deich- und Festungsbauten sowie für andere vorübergehende Baubetriebe zu errichten hatten. Sie haben keine besondere Rolle gespielt; denn im Jahre 1913 gab es nur 26 Baukrankenkassen mit 10 294 Mitgliedern.

4. Nach dem Krankenversicherungsgesetze vom 15. Juni 1883 waren die Innungskrankenkassen keine Zwangskassen, so daß die von Innungsmeistern beschäftigten Gesellen und Lehrlinge nicht schon auf Grund ihrer Beschäftigung zum Beitritte verpflichtet waren. Immerhin bestand insofern ein mittelbarer Zwang zum Beitritt, als die Innungsmeister die von ihnen beschäftigten Gesellen, Lehrlinge und Arbeiter durch den Lehr- oder Arbeitsvertrag zum Beitritte zur Innungskrankenkasse verpflichten konnten. Im Hinblick hierauf und da nach § 19 Abs. 4 a. a. O. die den Innungskrankenkassen angehörenden Gesellen usw. nach vorausgegangener dreimonatiger Kündigung am Schlusse des Rechnungsjahrs aus der

Digitized by Google

Ortskrankenkasse ausscheiden konnten, wurde dafür Sorge getragen, daß die Leistungen der Innungskrankenkassen nicht hinter denjenigen der Ortskrankenkasse zurückblieben. Es wurde daher im § 73 a. a. O. für Innungskrankenkassen eine Anzahl der für die Verwaltung der Ortskrankenkassen geltenden Vorschriften für maßgebend erklärt. Dahin gehörten insbesondere die Vorschriften über die Mindestleistungen, die Erhöhung und Erweiterung der Leistungen, die Festsetzung der Beiträge, den Reservefonds und den Ausgleich der Einnahmen und Ausgaben, über die Anlage der Gelder und die Haftung des Vorstandes, über die Beitragspflicht der Arbeitgeber und die Zahlung der Beiträge, über die Beitreibung der Beiträge und die Nichtpfändbarkeit der Unterstützungsansprüche und über die Entscheidung der Streitigkeiten.

Durch die Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379) wurden die Innungskrankenkassen in Zwangskassen verwandelt, so daß die Beschäftigung bei einem Innungsmitgliede die Zugehörigkeit zur Kasse zur unmittelbaren Folge hatte. Zugleich wurden andere Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes für anwendbar erklärt. Eine weitere wichtige Änderung erfuhren die Innungskrankenkassen insofern, als fortan nicht nur die Gesellen und Lehrlinge der Innungsmitglieder, sondern auch alle von diesen beschäftigten versicherungspflichtigen Personen, also auch die ungelernten Arbeiter, Mitglieder der Kasse sein mußten. Endlich hat die Novelle zur Gewerbeordnung vom 26. Juli 1897 (RGBl. S. 663) noch weitere Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes auf Innungskrankenkassen ausgedehnt, insbesondere diejenigen über die Wahl der Kassenorgane, sodann über die Auflösung oder Schließung von Ortskrankenkassen, während für die Errichtung und die Beaufsichtigung der Innungskrankenkassen die Vorschriften der Gewerbeordnung (§ 83 Nr. 13, §§ 85, 93, 95) maßgebend blieben. Im Jahre 1913 bestanden 906 Innungskrankenkassen mit 368 128 Mitgliedern.

5. Die Knappschaftskassen sind Betriebskrankenkassen für Bergwerke, Aufbereitungsanstalten, Salinen und zugehörige Betriebsanstalten, soweit auf sie die bergrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze Anwendung finden. Hauptsächlich kommen die preußischen Knappschaftskassen in Frage, deren Verhältnisse in Titel VII des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in der Fassung

Digitized by Google

der Novelle vom 19. Juni 1906 (GS. S. 199) geregelt waren. Hinsichtlich der Mindestleistungen sowie der Erhöhung oder Erweiterung der Kassenleistungen waren von Anfang an die für die Betriebskrankenkassen geltenden Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes maßgebend.

6. Nach dem Krankenversicherungsgesetze vom 15. Juni 1883 trat die Befreiung der Mitglieder der Hilfskassen von der Verpflichtung, der Gemeindekrankenversicherung oder einer Krankenkasse anzugehören, schon ein, wenn die Hilfskasse nicht die im § 6 Abs. 1 Nr. 1 bezeichneten Leistungen der Krankenpflege (Arzt, Arznei, Heilmittel), sondern an deren Stelle ein um ein Viertel des ortsüblichen Tagelohns erhöhtes Krankengeld gewährte. Ebenso war für die Beurteilung der Frage, ob das Krankengeld der Hilfskasse ausreichend sei, nur der ortsübliche Tagelohn am Sitze der Hilfskasse maßgebend. Die eingeschriebenen Hilfskassen konnten endlich zwar eine Bescheinigung der Zulassungsbehörde über die Vollwertigkeit erlangen (§ 4 Abs. 5 des Hilfskassengesetzes vom 7. April 1876); diese Bescheinigung war jedoch für keine andere Behörde maßgebend, so daß in jedem Streitfalle die Gleichwertigkeit der Leistungen geprüft werden mußte. Nach den Vorschriften der Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892 waren die Leistungen einer Hilfskasse nur dann den Leistungen der Krankenversicherung gleichwertig, wenn sie ihren Mitgliedern freie ärztliche Behandlung, Arznei, Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel, sowie ein Krankengeld im Mindestbetrage von 50 v. H. des für den Beschäftigungsort des erkrankten Mitglieds festgesetzten ortsüblichen Tagelohns gewährte. Die Befreiung von der Verpflichtung, der Gemeindekrankenversicherung oder einer Krankenkasse beizutreten, trat aber nur dann ein, wenn der Hilfskasse vom Reichskanzler oder von der Landeszentralbehörde eine Bescheinigung dahin ausgestellt war, daß sie vorbehaltlich der Höhe des Krankengeldes den Anforderungen des § 75 a. a. O. genüge. Im Jahre 1911 — für spätere Jahre enthält die Reichsstatistik keine Angaben — gab es 1227 eingeschriebene Hilfskassen mit 914 368 Mitgliedern und 129 landesrechtliche Hilfskassen mit 34 868 Mitgliedern.

V. Mit der Reichsversicherungsordnung ist eine grundlegende Änderung in der Organisation der Krankenversiche-

Digitized by Google

rung eingetreten, indem auf eine tunlichste Vereinfachung der Kassenarten und auf die Beseitigung der übertriebenen Kassenzersplitterung Bedacht genommen ist. Fortgefallen sind die Gemeindekrankenversicherung und die Baukrankenkassen als solche; die Mindestmitgliederzahl ist durchweg für alle Kassen erhöht worden. Alle nicht zu Recht bestehenden Kassen sind beseitigt worden. Als neue Kassenart ist allerdings die Landkrankenkasse hinzugekommen. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken.

1. Die Ortskrankenkassen zerfallen in allgemeine Ortskrankenkassen und in besondere Ortskrankenkassen. Die allgemeine Ortskrankenkasse, die alle Versicherten in einem örtlichen Bezirk umfaßt, ist die Grundform der Kassenorganisation; andere Ortskrankenkassen dürfen nicht mehr errichtet werden. Allgemeine Ortskrankenkassen müssen überall bestehen. An ihre Stelle darf mit Genehmigung der obersten Verwaltungsbehörde die Landkrankenkasse treten, wo nicht mindestens 250 Pflichtmitglieder für die allgemeine Ortskrankenkasse vorhanden sind, eine Voraussetzung, die, wenigstens in Preußen, nirgends zutrifft. Bestehende gemeinsame Ortskrankenkassen konnten zu allgemeinen Ortskrankenkassen ausgestaltet (Art. 15 EG. z. RVO.), die übrigen für einzelne oder mehrere Gewerbezweige oder Betriebsarten oder für Versicherte eines Geschlechts bestehende Ortskrankenkassen als besondere Ortskrankenkassen zugelassen werden (§ 239 RVO.), diese, wenn sie mindestens 250 Mitglieder zählten sowie den Fortbestand oder die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Orts- oder der Landkrankenkasse nicht gefährdeten, wenn ihre satzungsmäßigen Leistungen denen der maßgebenden Ortskrankenkasse mindestens gleichwertig waren oder binnen sechs Monaten gemacht wurden, ihre Leistungsfähigkeit auf die Dauer sicher war und ihr Bezirk über den Bezirk des Versicherungsamts nicht hinausreichte (§ 240 RVO.). Über die Errichtung von allgemeinen Ortskrankenkassen beschließen, wie bisher, die Gemeindeverbände (§ 231 RVO.). Der Antrag bestehender Ortskrankenkassen auf Zulassung oder Ausgestaltung war auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung (Art. 18 EG. z. RVO.) unter Vorlage einer von der Generalversammlung beschlossenen Satzung (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 11. Januar 1913, RGBl. S. 16) bis zum 31. Dezember 1912 (Verordnung vom 5. Juli 1912, RGBl. S. 439) zu stellen. Über die Zulassung und Ausgestaltung entschied das Oberversicherungsamt (Art. 20

Digitized by Google

EG. z. RVO.), gegen dessen Entscheidung die Beschwerde an die oberste Verwaltungsbehörde zulässig war. Das Oberversicherungsamt konnte die Errichtung von allgemeinen Ortskrankenkassen anordnen (§ 232 RVO.). Die Zulassung wurde durch Genehmigung der Satzung ausgesprochen. War die Satzung nicht binnen sechs Monaten nach dem 31. Dezember 1912 geändert, so wurde die Kasse geschlossen (Art. 21 EG. z. RVO.). Über die Gleichwertigkeit der Leistungen, deren Prüfung während des Krieges nach Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 28. Januar 1915 (RGBl. S. 49) nicht stattfindet, wird im besonderen Verfahren nach §§ 259 ff. RVO. entschieden. Anfang 1914 bestanden 2463 allgemeine Ortskrankenkassen mit 9 753 731 Mitgliedern und 337 besondere Ortskrankenkassen mit 749 349 Mitgliedern.

2. Die Landkrankenkassen sind für die Versicherung der landwirtschaftlich Beschäftigten, der Dienstboten, der im Wandergewerbe Beschäftigten sowie der Hausgewerbetreibenden und ihrer hausgewerblich Beschäftigten bestimmt (§ 235 RVO.). Sie werden gleichfalls für örtliche Bezirke neben den allgemeinen Ortskrankenkassen errichtet, sofern für sie mindestens 250 Pflichtmitglieder vorhanden sind (§§ 226—228 RVO.); außerdem kann von ihrer Errichtung abgesehen werden, wenn das Versicherungsamt nach Anhören beteiligter Arbeitgeber und Versicherungspflichtiger das Bedürfnis verneint (§ 229 RVO.). Abgesehen von der Möglichkeit, durch die Satzung besondere und niedrigere Leistungen einzuführen, besteht der wesentlichste Unterschied zwischen den Landkrankenkassen und den allgemeinen Ortskrankenkassen darin, daß die Vertretung des Gemeindeverbandes die Mitglieder der Organe sowie den Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden des Vorstandes wählt (§§ 331, 336 RVO.). Die vielfach verbreitete Anschauung, daß Landkrankenkassen behördlich verwaltete Krankenkassen nach Art der Gemeindekrankenversicherung seien, entspricht nicht der Rechtslage, wenngleich die Landkrankenkassen in erster Linie für die Versicherung der bisher bei der Gemeindekrankenversicherung versichert gewesenen Personen bestimmt sind und, da die Organe nicht von den Versicherten gewählt werden, des gleichen Maßes der Selbstverwaltung wie die anderen Krankenkassen ermangeln. Landkrankenkassen werden durch Beschluß des Gemeindeverbandes errichtet (§ 231 RVO.), doch kann das Oberversicherungsamt ihre Er-

Digitized by Google

richtung anordnen (§ 232 RVO.). Im ganzen sind 595 Landkrankenkassen mit 2 660 065 Mitgliedern errichtet worden.

3. Unter den Betriebskrankenkassen wird zwischen zugelassenen und neu errichteten Kassen unterschieden. Zugelassen werden konnten alle zu Recht bestehenden Betriebskrankenkassen einschließlich der für mehrere Unternehmer bestehenden gemeinsamen Betriebskrankenkassen (§ 255 Abs. 2 RVO.), welche mindestens einhundert, bei landwirtschaftlichen oder Binnenschiffahrtsbetrieben mindestens 50 Mitglieder hatten, deren Leistungsfähigkeit für die Dauer sicher war, deren satzungsmäßige Leistungen denen der maßgebenden allgemeinen Ortskrankenkasse, bei landwirtschaftlichen Betriebskrankenkassen denen der Landkrankenkasse gleichwertig waren oder binnen sechs Monaten gleichwertig gemacht wurden. Den Antrag auf Zulassung mußte der Arbeitgeber nach Anhören der Versicherten bis spätestens zum 31. Dezember 1912 unter Beifügung einer von ihm nach Anhören von Versicherten aufgestellten Kassensatzung (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 11. Januar 1913, RGBl. S. 16) beim Versicherungsamt einreichen; vgl. Art. 17 EG. z. RVO., Verordnung vom 5. Juli 1912 (RGBl. S. 439). Über den Antrag entschied der Vorsitzende des Oberversicherungsamts, gegen dessen Entscheidung binnen einem Monate die Beschwerde an die oberste Verwaltungsbehörde zulässig war (Art. 20 a. a. O.). Die Zulassung wurde durch Genehmigung der Satzung ausgesprochen. War die Satzung nicht binnen sechs Monaten nach dem 31. Dezember 1912 mit den Vorschriften der Reichsversicherungsordnung in Einklang gebracht oder wurde der Antrag auf Zulassung nicht rechtzeitig gestellt, so mußte die Kasse geschlossen werden (Art. 21 a. a. O.). Wegen der Prüfung der Gleichwertigkeit der Leistungen gilt das bei den besonderen Ortskrankenkassen Bemerkte.

Abweichend hiervon vollzog sich die Zulassung der Baukrankenkassen und damit im Zusammenhang ihre Umwandlung in Betriebskrankenkassen. Nach Art. 22 EG. z. RVO. bestimmte der Vorsitzende des Oberversicherungsamts, ob eine Baukrankenkasse als Betriebskrankenkasse für einen vorübergehenden Baubetrieb fortbestehen sollte. Dabei setzte er das Maß ihrer Leistungen fest. Wurde die Satzung nicht binnen der von ihm gesetzten Frist geändert, so änderte er sie von Amtswegen rechtsverbindlich.

Die Errichtung von Betriebskrankenkassen ist für jeden Betrieb, in dem für die Dauer mindestens 150 versicherungs-

Digitized by Google

pflichtige Personen und für jeden landwirtschaftlichen oder Binnenschiffahrtsbetrieb, in dem für die Dauer mindestens 50 Versicherungspflichtige beschäftigt werden, zulässig. Es können bei der gleichen Arbeiterzahl auch gemeinsame Betriebskrankenkassen für die mehreren Betriebe eines Unternehmers errichtet werden. Reich und Bundesstaaten dürfen auch für ihre Dienstbetriebe Betriebskrankenkassen errichten (§ 246 RVO.). Weiter wird für die Errichtung verlangt, daß durch die Betriebskrankenkassen der Bestand oder die Leistungsfähigkeit vorhandener allgemeiner Ortskrankenkassen und Landkrankenkassen nicht gefährdet wird. Dabei gilt eine Kasse nicht als gefährdet, wenn sie nach Errichtung der Betriebskrankenkasse mehr als 1000 Pflichtmitglieder behält (§ 248 Nr. 1 RVO.). Ferner muß die neue Betriebskrankenkasse Leistungen in Aussicht nehmen, die denen der maßgebenden Ortskrankenkasse oder Landkrankenkasse mindestens gleichwertig sind, und endlich muß die Leistungsfähigkeit der Kasse auf die Dauer sicher sein (§ 248 Nr. 2, 3 RVO.).

Eine besondere Stellung unter den Betriebskrankenkassen nehmen die früheren Baukrankenkassen ein. Beschäftigt ein Bauherr zeitweilig eine größere Anzahl von Arbeitern — eine Mindestzahl wird nicht verlangt — in einem vorübergehenden Baubetriebe, so hat er auf Anordnung des Vorsitzenden des Oberversicherungsamts eine Betriebskrankenkasse zu errichten. Gegen die Anordnung geht die Beschwerde an die oberste Verwaltungsbehörde (§ 254 RVO.). Der Bauherr kann mit Genehmigung des Vorsitzenden des Oberversicherungsamts diese Pflicht bei ausreichender Sicherheit auf einen oder mehrere Arbeitgeber übertragen, die den Bau ganz oder zum Teil für eigene Rechnung übernommen haben. Der Vorsitzende des Oberversicherungsamts bestimmt das Maß der Leistungen. Wird die Anordnung nicht in der gesetzten Frist befolgt, so errichtet der Vorsitzende des Oberversicherungsamts selbst die Kasse oder beauftragt damit den Vorsitzenden des Versicherungsamts (§ 249 RVO.).

Durch die Reichsversicherungsordnung ist das Verfahren bei Errichtung der Betriebskrankenkassen abweichend von demjenigen des Krankenversicherungsgesetzes geregelt. Während früher die Errichtung durch die Genehmigung der Satzung erfolgte, findet nach der Reichsversicherungsordnung ein besonderes Genehmigungsverfahren statt, das dem Verfahren auf Genehmigung der Satzung

Digitized by Google

vorangeht. Der Antrag auf Genehmigung einer Betriebskrankenkasse ist nach § 252 RVO. an das Versicherungsamt zu richten. Vorher sind die beteiligten Versicherungspflichtigen zu hören (§ 245 Abs. 1 RVO.). Der Vorsitzende des Versicherungsamts gibt den beteiligten Landkrankenkassen und allgemeinen Ortskrankenkassen Gelegenheit, sich zu äußern, und legt den Antrag mit gutachtlicher Äußerung dem Oberversicherungsamte vor. Ehe die Genehmigung erteilt wird, die zur Errichtung der Betriebskrankenkassen unbedingt erforderlich ist, ist zu prüfen, ob die obenerwähnten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Errichtung vorliegen. Vorher muß auch das Verfahren wegen Prüfung der Gleichwertigkeit der Leistungen (§§ 259 ff. RVO.) erledigt sein; damit die Höhe der in Aussicht genommenen Leistungen festgestellt werden kann, ist also der Entwurf einer Satzung, wie er vom Arbeitgeber nach § 320 Abs. 2 RVO. aufgestellt worden ist, beizufügen. Die Genehmigung darf, sofern nicht der Antragsteller ein Arbeitgeber ist, dessen frühere Betriebskrankenkasse wegen mangelhafter Kassen- und Rechnungsführung geschlossen worden war (§ 273 Abs. 1 Nr. 2 RVO.), nur versagt werden, wenn die Kasse nicht die vorgeschriebene Mitgliederzahl hat oder den Anforderungen des § 248 RVO. nicht entspricht, also wenn der Bestand oder die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Ortskrankenkasse oder Landkrankenkasse gefährdet erscheint, oder wenn die satzungsmäßigen Leistungen nicht gleichwertig sind, oder wenn die Kasse nicht für die Dauer leistungsfähig ist. Gegen die Entscheidung des Oberversicherungsamts hat der Arbeitgeber die Beschwerde, wenn die Genehmigung versagt wird, jede beteiligte Landkrankenkasse und allgemeine Ortskrankenkasse, wenn die Genehmigung erteilt wird.

Nachdem die Genehmigung zur Errichtung erteilt ist, muß die Genehmigung zur Satzung so zeitig nachgesucht werden, daß die Kasse zu dem in Aussicht genommenen Zeitpunkt ins Leben treten kann. Die Satzung ist von dem Arbeitgeber oder seinem Vertreter nach Anhören von Beschäftigten zu errichten (§ 320 Abs. 2 RVO.). Wird bei einer angeordneten Betriebskrankenkasse für einen vorübergehenden Baubetrieb die Satzung nicht in der endgültig angeordneten Frist errichtet, so errichtet der Vorsitzende des Versicherungsamts die Satzung (§ 320 Abs. 3 RVO.). Mit der Errichtung der Betriebskrankenkasse scheiden die im Betriebe beschäftigten versicherungspflichtigen Personen ohne weiteres aus der Ortskranken-

Digitized by Google

kasse oder Landkrankenkasse aus. Eine Vermögensauseinandersetzung findet nicht statt; vgl. Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 20. Juni 1914 (Amtliche Nachrichten S. 723). Anfang 1914 gab es 5537 Betriebskrankenkassen mit 3476020 Mitgliedern.

4. Auch bei den Innungskrankenkassen wird zwischen neu errichteten und zugelassenen Kassen unterschieden. Innungskrankenkassen können nur von Innungen (freien Innungen oder Zwangsinnungen) errichtet werden, nicht von Innungsausschüssen oder Innungsverbänden. Unzulässig ist sowohl die Errichtung mehrerer Innungskrankenkassen für eine Innung als auch die Errichtung einer Innungskrankenkasse gemeinsam für mehrere Innungen. Das Verfahren bei der Errichtung war früher in der Gewerbeordnung geregelt. Die Kassen wurden in der Weise errichtet, daß die Innungsversammlung, nachdem die Errichtung einer Innungskrankenkasse unter die Aufgaben der Innung in die Satzung aufgenommen war, vgl. AusfAnw. z. GewO. vom 1. Mai 1904 Nr. 95 (Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung S. 123), nach §§ 85, 93 Abs. 2 Nr. 9 GewO. ein Nebenstatut beschloß, das der Genehmigung der höheren Verwaltungsbehörde bedurfte. Vor der Genehmigung waren der Gemeindevorstand des Ortes, an dem die Innung ihren Sitz hatte, die Aufsichtsbehörde sowie nach § 95 GewO. der Gesellenausschuß zu hören. Die Genehmigung konnte nach freiem Ermessen versagt werden. Gegen die Verfügung der höheren Verwaltungsbehörde stand den Beteiligten binnen vier Wochen die Beschwerde an die Landeszentralbehörde zu.

Nach der Reichsversicherungsordnung wird wie bei Betriebskrankenkassen zwischen der Genehmigung zur Errichtung und der Genehmigung der Satzung unterschieden. Über die Errichtung hat zunächst die Innungsversammlung (§ 93 Abs. 1 GewO.) unter Beteiligung des Gesellenausschusses (§ 95 a. a. O.) zu beschließen. Alsdann müssen der Gemeindevorstand des Ortes, an dem die Innung ihren Sitz hat, die Aufsichtsbehörde der Innung und die Handwerkskammer gehört werden (§ 251 Abs. 2 RVO.). Der Antrag auf Genehmigung der Errichtung ist an das Versicherungsamt zu richten, in dessen Bezirke die Innungskrankenkasse künftig ihren Sitz haben soll; vgl. Begründung zur RVO. S. 177. Das Oberversicherungsamt entscheidet über die Errichtung (§ 253 RVO.),

Digitized by Google

gegen seine Entscheidung ist binnen einem Monat die Beschwerde an die Oberste Verwaltungsbehörde zugelassen. Die Genehmigung wird nach freiem Ermessen erteilt, vgl. Begründung zur RVO. S. 177, jedoch darf die Genehmigung dann nicht erteilt werden, wenn die Innungskrankenkasse den Bestand oder die Leistungsfähigkeit der allgemeinen Ortskrankenkasse gefährdet, wenn nicht ihre satzungsmäßigen Leistungen denen der maßgebenden Ortskrankenkasse mindestens gleichwertig sind (§§ 259 ff. RVO.), und wenn nicht ihre Leistungsfähigkeit für die Dauer sicher ist. Eine Gefährdung der allgemeinen Ortskrankenkasse liegt nicht vor, wenn sie nach Errichtung der Innungskrankenkasse mehr als 1000 Mitglieder behält. Eine Mindestmitgliederzahl wird nicht verlangt (§ 251 RVO.).

Für die Zulassung bestehender Innungskrankenkassen galt im wesentlichen das Gleiche wie für die Zulassung bestehender Betriebskrankenkassen. Der Antrag auf Zulassung mußte von der Innung nach Anhörung des Gesellenausschusses bis spätestens zum 31. Dezember 1912 unter Beifügung der Kassensatzung, die die Innungsversammlung nach Anhörung des Gesellenausschusses aufzustellen hatte (Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 11. Januar 1912, RGBl. S. 16), eingereicht werden. Die Zulassung durfte nur ausgesprochen werden, wenn die gleichen Voraussetzungen wie bei Betriebskrankenkassen erfüllt waren, nur durfte eine Mindestmitgliederzahl nicht gefordert werden (§ 256 RVO.).

Alle Innungskrankenkassen haben jetzt Rechtsfähigkeit und sind von der Innung völlig losgelöste Einrichtungen. Anfang 1914 bestanden 892 Innungskrankenkassen mit 384 169 Mitgliedern.

5. Die Stellung der Knappschaftskassen hat sich unter der Reichsversicherungsordnung nicht geändert; nur in untergeordneten Punkten sind Änderungen eingetreten. Die Novelle zum Allgemeinen Berggesetze vom 3. Juni 1912 (GS. S. 97), das sog. Knappschaftsgesetz (GS. 1912 S. 137), beschränkt sich in der Hauptsache darauf, die von der Reichsversicherungsordnung eingeführten Änderungen in den Leistungen der Krankenkassen auf die knappschaftlichen Krankenkassen zur Anwendung zu bringen. Ende 1914 gab es 62 Knappschaftsvereine mit 888 609 Mitgliedern.

6. Große Umwälzungen haben die Hilfskassen erfahren, die unter dem Krankenversicherungsgesetz als Träger der Kranken-

Digitized by Google

versicherung (§§ 75, 75a KVG.) tätig gewesen sind. Als das nicht öffentliche Versicherungswesen durch das Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen vom 12. Mai 1901 (RGBl. S. 139) geregelt wurde, blieben alle eingeschriebenen Hilfskassen und solche auf Grund landesrechtlicher Vorschriften errichteten Hilfskassen, welche im Besitz einer Bescheinigung (§ 75a KVG.) waren, ausgenommen. Inzwischen sind durch das Gesetz, betreffend die Aufhebung des Hilfskassengesetzes vom 20. Dezember 1911 (RGBl. S. 985), das nach der Verordnung vom 13. Mai 1912 (RGBl. S. 309) am 1. Juni 1912 in Kraft getreten ist, alle eingeschriebenen Hilfskassen dem Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmungen unterstellt, während die auf Grund landesrechtlicher Vorschriften errichteten Hilfskassen durch Anordnung der Obersten Verwaltungsbehörde diesem Gesetz unterstellt werden können. Für Preußen ist dies durch Bekanntmachung vom 16. März 1912 (Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung S. 141) geschehen. Damit haben alle Hilfskassen aufgehört, eine besondere Art von Kassen zu bilden; immerhin sind sie als Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit einigen Ausnahmevorschriften unterworfen. Insbesondere ist die Bildung von örtlichen Verwaltungsstellen und von Kassenverbänden zugelassen. Voraussetzung für die Anwendung dieser Ausnahmevorschriften ist aber, daß die Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit nur die Versicherung gegen Krankheit betreiben.

Diejenigen privaten Versicherungsunternehmungen der vorbezeichneten Art, welche als Ersatzkassen Träger der Krankenversicherung werden wollten, mußten vor dem 1. April 1909 eine Bescheinigung nach § 75a KVG. erhalten haben, dauernd mehr als 1000 Mitglieder aufweisen, sofern nicht die oberste Verwaltungsbehörde die Mindestzahl auf 250 ermäßigte, und seit dem 1. April 1909 Bezirk und Kreis der versicherungspflichtigen Mitglieder unverändert beibehalten haben. Ausnahmsweise durfte der Bundesrat auch Versicherungsunternehmungen zulassen, die die Bescheinigung erst nach dem 1. April 1909 erhalten hatten. Neue Ersatzkassen dürfen nach dem 1. April 1909 nicht mehr errichtet werden. Außerdem mußte die innere Einrichtung und Verwaltung der Versicherungsunternehmungen den Vorschriften der §§ 504—513 RVO. genügen, die im wesentlichen den Vorschriften des Hilfskassengesetzes (§§ 6, 12, 13, 15) in Verbindung mit § 75 KVG. entsprechen; sie beziehen sich auf den Beitritt, Austritt und Ausschluß von Mit-

Digitized by Google

gliedern, auf die Leistungen der Kasse, auf die Verwendung der Mittel und auf die Wählbarkeit zu den Organen. Die Ersatzkassen müssen die Leistungen der für das betreffende Mitglied zuständigen Krankenkasse gewähren.

Das Verhältnis der Ersatzkassen zu den Krankenkassen ist von Grund aus umgeändert. Mitglieder einer Hilfskasse, die im Besitze der Bescheinigung war, waren nach § 75 Abs. 1 KVG. von der Verpflichtung, einer Gemeindekrankenversicherung oder einer Orts-, Betriebs-, Bau- oder Innungskrankenkasse anzugehören, befreit. Nach § 517 RVO. werden sie Mitglieder der Krankenkasse (§ 225), in die sie gehören, nur ruhen auf Antrag ihre Rechte und Pflichten als Mitglieder. Während nach § 75 KVG. der Arbeitgeber gegenüber der Krankenkasse von der Beitragszahlung befreit war, muß er nach § 517 RVO. seinen Beitragsteil an die Krankenkasse abführen. Besteht der Mitgliederkreis einer Ersatzkasse überwiegend aus Versicherten, die nicht Arbeiter, Gehilfen, Gesellen, Lehrlinge oder Dienstboten sind, oder aus Bureauangestellten oder Zieglern oder anderen Versicherten, in deren Beruf ein häufiger Wechsel von Ort zu Ort üblich ist, so kann der Bundesrat widerruflich anordnen, daß die Krankenkassen an die Ersatzkassen die bei ihnen für die Mitglieder der Ersatzkassen eingehenden Beitragsteile der Arbeitgeber zu vier Fünfteln abzuführen haben. Der Versicherungspflichtige muß den Antrag auf Ruhen der Rechte und Pflichten beim Eintritt oder spätestens am zweiten Zahltage beim Kassenvorstande stellen; später kann er nur für den Beginn des nächsten Kalendervierteljahrs, und zwar einen Monat vorher, gestellt werden. Die Ersatzkasse muß den Austritt Versicherungspflichtiger, die den Antrag gestellt haben, dem Vorstande der zuständigen Krankenkasse oder der gemeinsamen Meldestelle anzeigen. Gegenüber Knappschaftskassen hat der Beitritt zu einer Ersatzkasse keine Bedeutung. Das Gleiche gilt für die in der Landwirtschaft Beschäftigten, mit Ausnahme der Gärtner sowie der vorübergehend in der Landwirtschaft beschäftigten gewerblichen Arbeiter, und für Dienstboten (§§ 434, 435 RVO.).

VI. Der Kreis der versicherungspflichtigen Personen hat sich im Laufe der Zeit wesentlich geändert.

Nach dem Gesetze vom 15. Juni 1883 (RGBl. S. 73) bestand die Versicherungspflicht kraft Gesetzes für Personen, welche gegen

Digitized by Google

Gehalt oder Lohn beschäftigt waren in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten, Brüchen und Gruben, in Fabriken und Hüttenwerken, beim Eisenbahn- und Binnendampfschiffahrtsbetrieb, auf Werften und bei Bauten, im Handwerk und sonstigen stehenden Gewerbebetrieben, in Betrieben, in denen Dampfkessel oder durch elementare Kraft (Wind, Wasser, Dampf, Gas, heiße Luft usw.) bewegte Triebwerke zur Verwendung kamen, sofern diese Verwendung nicht ausschließlich in vorübergehender Benutzung einer nicht zur Betriebsanlage gehörenden Kraftmaschine bestand.

Die Versicherungspflicht war aber nicht gegeben, wenn die Beschäftigung ihrer Natur nach eine vorübergehende oder durch den Arbeitsvertrag im voraus auf einen Zeitraum von weniger als einer Woche beschränkt war. Ausgenommen vom gesetzlichen Versicherungszwange waren ferner Handlungsgehilfen und -lehrlinge, Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken, Personen, welche von Gewerbetreibenden außerhalb ihrer Betriebsstätten beschäftigt wurden, und Hausgewerbetreibende. Diese Personen sowie die in der Land- und Forstwirtschaft beschäftigten Arbeiter und in anderen Transportgewerben beschäftigten Personen konnten aber durch Ortsstatut einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes dem Versicherungszwang unterworfen werden. Betriebsbeamte unterlagen der Versicherungspflicht nur, wenn ihr Arbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt sechszweidrittel Mark für den Arbeitstag nicht überstieg.

Durch das Gesetz über die Ausdehnung der Unfall- und Krankenversicherung vom 28. Mai 1885 (RGBl. S. 159) wurde die Versicherungspflicht auf den gesamten Betrieb der Post-, Telegraphen- und Eisenbahnverwaltungen sowie alle Betriebe der Marine- und Heeresverwaltungen, und zwar einschließlich der Bauten, welche von diesen Verwaltungen für eigene Rechnung ausgeführt wurden, den Baggereibetrieb, den gewerbsmäßigen Fuhrwerks-, Binnenschiffahrts-, Flößerei-, Prahm- und Fährbetrieb sowie den Gewerbebetrieb des Schiffsziehens (Treidelei), den gewerbsmäßigen Speditions-, Speicher- und Kellereibetrieb, den Gewerbebetrieb der Güterpacker, Güterlader, Schaffer, Bracker, Wäger, Messer, Schauer und Stauer ausgedehnt.

Anläßlich der Novelle vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379) trat eine weitere Ausdehnung der gesetzlichen Versicherungspflicht ein, und zwar für die im Geschäftsbetriebe der Anwälte, Notare und Gerichtsvollzieher, der Krankenkassen, Berufsgenossenschaften und

Digitized by Google

Versicherungsanstalten beschäftigten Personen mit einem Jahresverdienste von nicht mehr als 2000 ℳ, für Handlungsgehilfen und -lehrlinge (mit Ausnahme der Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken) mit einem Jahresverdienste von nicht mehr als 2000 ℳ, aber auch innerhalb dieser Begrenzung nur insoweit, als durch Vertrag die ihnen nach Art. 60 HGB. (jetzt § 63 HGB.) zustehenden Rechte aufgehoben oder beschränkt waren, für Personen in Seeschiffahrtsbetrieben, die Schiffsbesatzung jedoch nur bei solchen Fahrzeugen, welche zur Fahrt auf den Haffen der See und auf Flußmündungen — bis an die in der Bekanntmachung vom 10. November 1899 (ZBl. S. 380) bezeichneten Seegrenzen — bestimmt waren, und für Personen, die, ohne Hausgewerbetreibende zu sein, von Gewerbetreibenden außerhalb ihrer Betriebsstätten beschäftigt wurden.

Die Einführung des Versicherungszwanges im Wege des Ortsstatuts wurde ferner zugelassen für die in Kommunalbetrieben und im Kommunaldienste beschäftigten Personen, welche nicht kraft Gesetzes versicherungspflichtig waren, für Familienangehörige eines Unternehmers, deren Beschäftigung nicht auf Grund eines Arbeitsvertrags stattfand, und für Handlungsgehilfen und -lehrlinge, die nicht dem gesetzlichen Versicherungszwang unterworfen waren.

Endlich sind durch die Novelle vom 25. Mai 1903 (RGBl. S. 233) die Handlungsgehilfen und -lehrlinge (mit Ausnahme der Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken) mit einem Jahresgehalte von nicht mehr als 2000 ℳ schlechthin der Versicherungspflicht unterstellt worden.

Durch die Reichsversicherungsordnung ist die Versicherungspflicht auf den Kreis von Personen erweitert, welche nach Maßgabe der Vorschriften im § 1226 der Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung unterliegen. Es sind dies:

Arbeiter, Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Dienstboten,

Betriebsbeamte, Werkmeister und andere Angestellte in gehobener Stellung, wenn diese Beschäftigung ihren Hauptberuf bildet,

Handlungsgehilfen und -lehrlinge, Gehilfen und Lehrlinge und Lehrlinge in Apotheken,

Bühnen- und Orchestermitglieder ohne Rücksicht auf den Kunstwert der Leistungen,

Lehrer und Erzieher,

Digitized by Google

die Schiffsbesatzung deutscher Seefahrzeuge und die Besatzung der Fahrzeuge der Binnenschiffahrt.

Es bestehen jedoch noch folgende Unterschiede zwischen der Krankenversicherungspflicht und der Invalidenversicherungspflicht:

Die Invalidenversicherungspflicht beginnt erst mit dem vollendeten sechzehnten Lebensjahr, während bei der Krankenversicherung jede ernsthafte Beschäftigung einer noch so jugendlichen Person gegen Entgelt die Versicherungspflicht begründet. Auch hinsichtlich der Höchstverdienstgrenze, bei deren Erreichung, abgesehen von Arbeitern, Gesellen, Gehilfen, Lehrlingen, Dienstboten und der Schiffsbesatzung mit Ausnahme des Schiffers die Versicherungspflicht aufhört, besteht ein wesentlicher Unterschied, der erst durch die Reichsversicherungsordnung eingeführt ist. Der Krankenversicherungspflicht unterliegen nicht mehr die im Hauptberuf als Betriebsbeamte, Werkmeister oder als andere Angestellte in ähnlich gehobener Stellung beschäftigten Personen, die Handlungsgehilfen und -lehrlinge, die Gehilfen und Lehrlinge in Apotheken, die Bühnen- und Orchestermitglieder, die Lehrer, Erzieher und Schiffer bei einem regelmäßigen Jahresarbeitsverdienste von 2500 ℳ auf, während die Grenze bei der Invalidenversicherungspflicht mit 2000 ℳ beibehalten ist.

Die Gewährung freien Unterhalts begründet die Invalidenversicherungspflicht nicht (§ 1227 RVO.), wohl aber die Krankenversicherungspflicht (§ 160 RVO.). Lehrlinge, die ohne Entgelt beschäftigt werden, unterliegen der Krankenversicherungspflicht, erhalten aber nach § 494 RVO. kein Krankengeld. Bei der Versicherung der Lehrlinge besteht zwischen den beiden Versicherungszweigen noch ein wichtiger Unterschied. Während der Krankenversicherungspflicht „Lehrlinge aller Art" unterliegen, ergreift die Invalidenversicherungspflicht nur „Lehrlinge". Nach der Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts unter der Herrschaft des Invalidenversicherungsgesetzes, an der auch nach Inkrafttreten der Reichsversicherungsordnung festgehalten wird, vgl. Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 21. März 1914 (Amtliche Nachrichten S. 457), gehören zu den Lehrlingen nicht die im Bureaudienste beschäftigten Lehrlinge, sondern nur solche im Gewerbe, einschließlich des Handelsgewerbes, sowie etwa noch in der Landwirtschaft; s. Anl. des RVA. über den Kreis der nach der Reichsversicherungsordnung gegen Invalidität und Krankheit versicherten Per-

Digitized by Google

sonen vom 26. April 1912 Nr. 39. Bei der Krankenversicherung ist der Ausdruck „Lehrlinge aller Art" von der Reichstagskommission in der bestimmten Absicht gewählt worden, alle zu ihrer Ausbildung beschäftigten Personen in allen Erwerbszweigen dem Versicherungszwange zu unterwerfen und die durch die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts für das Gebiet der Invalidenversicherung herbeigeführte enge Auslegung des Begriffs „Lehrling" außer Anwendung treten zu lassen (vgl. Kommissionsbericht zur RVO. 2. Teil S. 15 ff.). Für das Gebiet der Krankenversicherung wird hiernach der Begriff des Lehrlinges möglichst weit auszulegen sein.

Deutsche, die bei einer amtlichen Vertretung des Reichs oder eines Bundesstaats im Ausland oder bei ihren Leitern von Mitgliedern beschäftigt sind, unterliegen nicht der Krankenversicherungspflicht, wohl aber der Invalidenversicherungspflicht; dagegen sind vorübergehend beschäftigte Personen weder kranken- noch invalidenversicherungspflichtig. Der Bundesrat bestimmt auf Grund des § 168 RVO. für die Krankenversicherung und auf Grund des § 1232 RVO. für die Invalidenversicherung, was als vorübergehende Beschäftigung im Sinne der einen oder der anderen Versicherung anzusehen ist. Die darüber gefaßten Beschlüsse weichen im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse der beiden Versicherungszweige in einigen Punkten voneinander ab, siehe für die Krankenversicherung die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 17. November 1913 (RGBl. S. 756) und für die Invalidenversicherung die Bekanntmachungen des Reichskanzlers vom 27. Dezember 1899 (RGBl. S. 275) und vom 9. Juli 1913 (RGBl. S. 571).

Während nach dem Krankenversicherungsgesetze der Versicherungszwang durch Ortsstatut der Gemeinden oder der weiteren Kommunalverbände oder bei den Hausgewerbetreibenden durch Beschluß des Bundesrats begründet werden konnte, kennt die Reichsversicherungsordnung nur eine Versicherungspflicht kraft Gesetzes. Denn die Befugnis des Bundesrats, die Versicherungspflicht auf Personen ausdehnen zu können, die von Wandergewerbetreibenden beschäftigt werden, die nach § 59 Gewerbeordnung den Gewerbebetrieb im Umherziehen ohne Wandergewerbeschein betreiben dürfen, hat keine praktische Bedeutung, weil die in Frage kommenden Personen schon durch ihre Beschäftigung im stehenden Gewerbebetriebe versichert sind. Auch bei der Invalidenversicherung gibt es in der

Digitized by Google

Hauptsache nur einen gesetzlichen Versicherungszwang; hier ist jedoch der Bundesrat befugt, die Versicherungspflicht für Hausgewerbetreibende ohne Rücksicht auf die Zahl der von ihnen hausgewerblich Beschäftigten sowie für Gewerbetreibende und andere Betriebsunternehmer, die in ihren Betrieben regelmäßig keine oder höchstens einen Versicherungspflichtigen beschäftigen, einzuführen (§ 1229 RVO.). Von dieser Befugnis hat der Bundesrat bisher nur hinsichtlich des Hausgewerbes Gebrauch gemacht, und zwar nach Bekanntmachungen des Reichskanzlers vom 1. März 1894 (RGBl. S. 324), vom 9. November 1895 (RGBl. S. 452) und vom 16. Dezember 1891 (RGBl. S. 395) hinsichtlich der Hausgewerbetreibenden der Textilindustrie und der Tabakfabrikation. Durch das Gesetz, betreffend die Sicherung der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen, vom 4. August 1914 § 3 (RGBl. S. 337) ist die gesetzliche Krankenversicherungspflicht des Hausgewerbes beseitigt. Da zugleich die Gemeinden und Gemeindeverbände das Recht erhalten haben, durch Ortsstatut die Versicherungspflicht einzuführen, so besteht wieder für das Gebiet der Krankenversicherung der ortsstatutarische Versicherungszwang.

Sowohl von der Krankenversicherungspflicht als auch von der Invalidenversicherungspflicht sind kraft Gesetzes Beamte des Reichs, der Bundesstaaten, der Gemeindeverbände, der Gemeinden und der Versicherungsträger, Lehrer und Erzieher an öffentlichen Schulen oder Anstalten solange befreit, als sie lediglich für ihren Beruf ausgebildet werden (§ 172 Nr. 1, § 1235 Nr. 1 RVO.). Ebenso besteht Versicherungsfreiheit für Personen des Soldatenstandes, die im Dienste oder bei einer Zivilbehörde oder bei einem Versicherungsträger außerdienstlich als Militäranwärter probeweise beschäftigt werden (§ 172 Nr. 2, § 1235 Nr. 2 RVO.), sowie für Personen, die während der wissenschaftlichen Ausbildung für ihren zukünftigen Beruf gegen Entgelt unterrichten (§ 172 Nr. 3, § 1235 Nr. 2 RVO.). Versicherungsfrei sind endlich kraft Gesetzes die in Betrieben oder im Dienste des Reichs, eines Bundesstaats, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder eines Versicherungsträgers Beschäftigten, sowie Lehrer und Erzieher an öffentlichen Schulen oder Anstalten, wenn ihnen der Arbeitgeber einen Anspruch auf gewisse Mindestleistungen zugesichert hat, und zwar bei der Krankenversicherung den Anspruch entweder auf Krankenhilfe in Höhe und Dauer der Regelleistungen der Krankenkassen oder für die gesetzliche Unterstützungsdauer auf Gehalt, Wartegeld, Ruhe-

Digitized by Google

geld oder ähnliche Bezüge im anderthalbfachen Betrage des Krankengeldes, bei der Invalidenversicherung die Anwartschaft auf Ruhegeld im Mindestbetrage der Invalidenrente nach den Sätzen der ersten Lohnklasse sowie auf Witwenrente nach den Sätzen der gleichen Lohnklasse und auf Waisenrente (§§ 169, 1234 RVO.). Auf dem Gebiete der Invalidenversicherung besteht dann noch die Besonderheit, daß Personen, die eine reichsgesetzliche Invaliden- oder Hinterbliebenenrente beziehen oder invalid sind, kraft Gesetzes versicherungsfrei sind (§ 1236 RVO.), während bei der Krankenversicherung Mitglieder geistlicher Genossenschaften, Diakonissen, Schulschwestern und ähnliche Personen, wenn sie sich aus religiösen oder sittlichen Beweggründen mit Krankenpflege, Unterricht oder anderen gemeinnützigen Tätigkeiten beschäftigen, nicht versicherungspflichtig sind (§ 172 Nr. 4 RVO.). Endlich sind von der Invalidenversicherungspflicht Ausländer befreit, denen die Behörde den Aufenthalt im Inlande nur für bestimmte Zeit (Sachsengänger) gestattet hat. Siehe hierzu die Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 7. März 1901 (ZBl. S. 78).

Soweit die Befreiung von der Versicherungspflicht auf Antrag in Frage kommt, ergeben sich für die beiden Versicherungsgebiete wesentliche Verschiedenheiten. Die Reichsversicherungsordnung hat bei der Krankenversicherung die Möglichkeit, im weitesten Umfange Versicherte von der Versicherungspflicht befreien zu lassen, aus dem Krankenversicherungsgesetze nicht übernommen. Zwar sollten nach dem Entwurf entsprechend der Vorschrift im § 3a KVG., die aus § 3 Abs. 2 des ursprünglichen Krankenversicherungsgesetzes entstanden ist, schlechthin Personen auf eigenen Antrag befreit werden können, die gegen ihre Arbeitgeber für den Krankheitsfall einen Rechtsanspruch auf eine den Mindestleistungen der Krankenversicherung entsprechende oder gleichwertige Unterstützung hätten, wenn der Arbeitgeber leistungsfähig wäre, allein die Reichstagskommission hat die Befreiung unter diesen Voraussetzungen nur für landwirtschaftliche Arbeiter und für das Gesinde aufrechterhalten, weil mit der Vorschrift des § 3a KVG. grober Mißbrauch getrieben worden sei und die so weitgehende Befreiungsmöglichkeit für städtische Verhältnisse nicht passe (vgl. Kommissionsbericht zur RVO. 2. Teil S. 28 ff.). Landwirtschaftliche Arbeiter und Dienstboten müssen auf Antrag des Arbeitgebers durch den Kassenvorstand von der Versicherungspflicht befreit werden,

Digitized by Google

wenn ihnen bei Erkrankung der Rechtsanspruch auf eine Unterstützung zugesichert ist, die den Leistungen der zuständigen Krankenkasse gleichwertig ist. Dieser Anspruch auf Befreiung besteht aber nur, wenn der Arbeitgeber leistungsfähig ist und die volle Unterstützung aus eigenen Mitteln deckt, und wenn der Antrag für alle in der Landwirtschaft beschäftigten versicherungspflichtigen Personen oder für alle Dienstboten gestellt wird (§§ 418, 435 RVO.). Personen, die nur zu einem geringen Teile arbeitsfähig sind, können, wie schon nach dem Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892, auf ihren Antrag durch den Kassenvorstand von der Versicherungspflicht befreit werden, wenn der vorläufig unterstützungspflichtige Armenverband einverstanden ist (§ 173 RVO.). Auf Antrag des Arbeitgebers müssen durch die oberste Verwaltungsbehörde die im Dienste oder in Betrieben der öffentlichen Verbände und Körperschaften sowie die Bediensteten der landesherrlichen Hof-, Domanial-, Kämmerei-, Forst- und ähnlichen Verwaltungen, der Herzoglich Braunschweigischen Landschaft und der Fürstlich Hohenzollernschen Fideikommißverwaltung (§ 170 RVO.) von der Versicherungspflicht befreit werden, während bei nicht öffentlichen Körperschaften und nicht öffentlichen Schulen die oberste Verwaltungsbehörde die Beschäftigten oder die Lehrer und Erzieher auf Antrag des Arbeitgebers nach Ermessen für versicherungsfrei erklären kann (§ 171 RVO.). Voraussetzung ist aber in beiden Fällen, daß den zu Befreienden ein Anspruch mindestens entweder auf Krankenhilfe in Höhe und Dauer der Regelleistungen der Krankenkassen oder für die gesetzliche Unterstützungsdauer auf Gehalt, Ruhegeld, Wartezeit oder ähnliche Bezüge im anderthalbfachen Betrage des Krankengeldes gewährleistet ist, oder daß die Beschäftigung lediglich zur Ausbildung im Berufe stattfindet. Einen Anspruch auf Befreiung durch den Kassenvorstand haben ferner Gewerbetreibende hinsichtlich ihrer in ihrem Betrieb als Lehrlinge beschäftigten Kinder und, wie schon nach dem Krankenversicherungsgesetz, Arbeiterkolonien oder ähnliche Wohltätigkeitsanstalten hinsichtlich der von ihnen vorübergehend beschäftigten Arbeitslosen. Die Zusicherung irgend welcher Leistungen ist nicht Voraussetzung für die Befreiung.

Im Bereiche der Invalidenversicherung kann der Bundesrat auf Antrag des Arbeitgebers die in Betrieben oder im Dienste öffentlicher Verbände oder von Körperschaften oder als

Digitized by Google

Lehrer oder Erzieher an nicht öffentlichen Schulen oder Anstalten Beschäftigten von der Versicherungspflicht befreien, wenn ihnen die Anwartschaft auf Ruhegeld im Mindestbetrage der Invalidenrente nach den Sätzen der ersten Lohnklasse sowie auf Witwenrente nach den Sätzen der gleichen Lohnklasse und auf Waisenrente gewährleistet wird. Das Gleiche gilt für Personen, denen auf Grund einer früheren Beschäftigung bei solchen Verbänden oder Körperschaften, Schulen oder Anstalten Ruhegeld, Wartegeld oder ähnliche Bezüge im Mindestbetrage der Invalidenrente nach den Sätzen der ersten Lohnklasse bewilligt sind und daneben eine Anwartschaft auf Hinterbliebenenfürsorge gewährleistet ist, und für Beamte und Bedienstete der landesherrlichen Hof-, Domanial-, Kämmerei-, Forst- und ähnlichen Verwaltungen, der Herzoglich Braunschweigischen Landschaft und der Fürstlich Hohenzollernschen Fideikommißverwaltung schlechthin (§ 1242 RVO.). Auf Antrag des Versicherten kann das Versicherungsamt die Befreiung von der Versicherungspflicht aussprechen, wenn dem Antragsteller vom Reiche oder von einem Bundesstaate, von einem Gemeindeverbande, von einer Gemeinde oder einem Versicherungsträger oder auf Grund früherer Beschäftigung als Lehrer oder Erzieher an öffentlichen Schulen oder Anstalten Ruhegeld, Wartegeld oder ähnliche Bezüge im Mindestbetrage der ersten Lohnklasse bewilligt sind und daneben Anwartschaft auf Hinterbliebenenfürsorge zusteht (§ 1237 RVO.). In gleicher Weise werden auf ihren Antrag befreit Personen, die während oder nach der Zeit eines Hochschulunterrichts zur Ausbildung für ihren künftigen Beruf oder in einer Stellung beschäftigt werden, die deren Übergang zu einer der Hochschulbildung entsprechenden versicherungsfreien Beschäftigung bildet (§ 1239 RVO.), sowie Personen, die im Laufe eines Kalenderjahrs Lohnarbeit nur in bestimmten Jahreszeiten für nicht mehr als zwölf Wochen oder überhaupt für nicht mehr als fünfzig Tage übernehmen, im übrigen aber ihren Unterhalt selbständig erwerben oder ohne Entgelt tätig sind, vorausgesetzt, daß sie noch nicht einhundert anrechnungsfähige Wochenbeiträge entrichtet haben (§ 1239 RVO. und Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 29. Dezember 1899, RGBl. S. 721).

VII. Entsprechend der fortschreitenden Ausdehnung der Versicherungspflicht ist der Kreis der versicherungsberech-

Digitized by Google

tigten Personen mit der Zeit immer mehr eingeengt worden. Nach dem Gesetze, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 waren alle Personen versicherungsberechtigt, welche in versicherungspflichtigen Betrieben nicht gegen Gehalt oder Lohn beschäftigt waren, sowie Personen, die durch Ortsstatut einer Gemeinde oder eines weiteren Kommunalverbandes dem Versicherungszwang unterworfen werden konnten, aber nicht unterworfen waren. Ferner waren beitrittsberechtigt die in Betriebsverwaltungen des Reichs, eines Bundesstaats oder einer Kommunalverwaltung beschäftigten Beamten, andere Betriebsbeamte, deren Arbeitsverdienst an Lohn oder Gehalt mehr als sechszweidrittel Mark für den Arbeitstag betrug, und Dienstboten. Durch die Novelle vom 10. April 1892 wurde die Versicherungsberechtigung im vorbezeichneten Umfange mit der Maßgabe aufrecht erhalten, daß bei einem jährlichen Gesamteinkommen von zweitausend Mark das Recht zum Beginne der freiwilligen Versicherung fortfallen sollte. Nach der Reichsversicherungsordnung sind versicherungsberechtigt nur Personen, die nicht gegen Entgelt beschäftigt werden, Familienangehörige des Arbeitgebers, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt in seinem Betriebe tätig sind, sowie Gewerbetreibende und andere Betriebsunternehmer, die in ihren Betrieben regelmäßig keine oder höchstens zwei Versicherungspflichtige beschäftigen, alle, sofern ihr jährliches Gesamteinkommen den Betrag von zweitausendfünfhundert Mark nicht übersteigt. Der Bundesrat ist befugt, die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen sich vorübergehend beschäftigte versicherungsfreie Personen freiwillig versichern können. Durch die Satzung kann das Beitrittsrecht von einer bestimmten Altersgrenze und von der Vorlegung eines ärztlichen Zeugnisses abhängig gemacht werden (§ 176 RVO.).

Zu den versicherungsberechtigten Personen gehören auch die sich weiterversichernden Personen, das sind versicherungspflichtige Personen, die nach Aufgabe ihrer versicherungspflichtigen Beschäftigung das Versicherungsverhältnis freiwillig fortsetzen. Nach dem Gesetze, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 war diese Weiterversicherung beim Aufenthalt im Gebiete des Deutschen Reichs unbeschränkt zugelassen, insbesondere auch dann, wenn das Entgelt mehr als zweitausend Mark betrug (§§ 11, 27 KVG.). Nach der

Digitized by Google

Reichsversicherungsordnung wird verlangt, daß das Mitglied auf Grund der Reichsversicherung oder bei einer knappschaftlichen Krankenkasse in den dem Ausscheiden aus der versicherungspflichtigen Beschäftigung vorangegangenen zwölf Monaten mindestens sechsundzwanzig Wochen oder unmittelbar vorher mindestens sechs Wochen versichert war (§ 313 RVO.).

In allen Fällen erlischt jetzt das Recht zur freiwilligen Versicherung, wenn das regelmäßige jährliche Gesamteinkommen mehr als viertausend Mark beträgt (§ 178 RVO.). Bringt dies der Vorstand der Krankenkasse in Erfahrung, so hat er dem Mitglied alsbald mitzuteilen, daß seine Mitgliedschaft erloschen sei. Die Mitgliedschaft erlischt alsdann mit Zustellung der Mitteilung (§ 314 RVO.).

VIII. Von Anfang an zerfielen die Leistungen der Krankenversicherung in Mindestleistungen und Mehrleistungen. Auch sie haben im Laufe der Zeit mancherlei Änderungen erfahren. Nach dem Krankenversicherungsgesetze wurde bei den Mindestleistungen zwischen den Mindestleistungen der Gemeindekrankenversicherung, die auch kurzweg als gesetzliche Mindestleistungen der Krankenversicherung bezeichnet wurden, und den Mindestleistungen der Krankenkassen unterschieden. Die Gemeindekrankenversicherung mußte ursprünglich vom Beginne der Krankheit ab freie ärztliche Behandlung, Arznei sowie Brillen, Bruchbänder und ähnliche Heilmittel und im Falle der Erwerbsunfähigkeit vom dritten Tage nach dem Tage der Erkrankung ab für jeden Arbeitstag ein Krankengeld in Höhe der Hälfte des ortsüblichen Tagelohns gewöhnlicher Tagearbeiter gewähren. Die Dauer der Krankenunterstützung betrug dreizehn Wochen. Die Krankenkassen hatten nicht nur ein nach dem durchschnittlichen Tagelohne der Versicherten bemessenes Krankengeld, sondern auch eine Wöchnerinnenunterstützung auf die Dauer von drei Wochen nach der Niederkunft und für den Todesfall ein Sterbegeld im zwanzigfachen Betrage des ortsüblichen Tagelohns zu gewähren. Eine Beschränkung dieser Mindestleistungen konnte sowohl bei der Gemeindekrankenversicherung durch Beschluß der Gemeinde als auch bei den Krankenkassen durch das Kassenstatut in der Weise herbeigeführt werden, daß bei Krankheiten, welche sich die Beteiligten vorsätzlich oder durch schuldhafte Beteiligung bei Schlägereien oder Raufhändeln,

Digitized by Google

durch Trunkfälligkeit oder geschlechtliche Ausschweifungen zugezogen hatten, das Krankengeld gar nicht oder nur teilweise gewährt wurde (§ 6 Abs. 3, § 26 Abs. 4 Nr. 2 KVG.). Bei Versicherten, die der Gemeindekrankenversicherung oder der Krankenkasse freiwillig beigetreten waren, konnte für den Bezug der Kassenleistungen auf dem gleichen Wege eine Wartezeit bis zu sechs Wochen vorgesehen werden (§ 6 Abs. 4, § 26 Abs. 4 Nr. 4 KVG.). Die Krankenkassen konnten ferner in dem Statute bestimmen, daß Kassenmitglieder, welche die Kasse wiederholt durch Betrug geschädigt hatten, von der Mitgliedschaft ausgeschlossen wurden, daß Mitglieder, welche die statutenmäßige Krankenunterstützung ununterbrochen oder im Laufe eines Kalenderjahrs für dreizehn Wochen bezogen hatten, bei Eintritt einer neuen Krankheit nur die Mindestleistungen der Krankenkassen und die volle statutenmäßige Krankenunterstützung erst wieder erhalten sollten, wenn zwischen der letzten Unterstützung und dem Eintritte der neuen Krankheit mindestens ein Zeitraum von dreizehn Wochen lag (§ 26 Abs. 4 Nr. 1, 3 KVG.). Bei Doppelversicherung hatte die Krankenkasse die statutenmäßige Krankenunterstützung soweit zu kürzen, als sie zusammen mit der aus anderweiten Versicherungen bezogenen Krankenunterstützung den vollen Betrag des durchschnittlichen Tagelohns überstieg (§ 26 Abs. 3 KVG.).

Durch die Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379) wurde die gesetzliche Unterstützungsdauer insofern verlängert, als bei späterem Hinzutritte der Erwerbsunfähigkeit der Bezug der Krankenunterstützung erst mit Ablauf der dreizehnten Woche nach Beginn des Krankengeldbezugs endete. Fiel aber alsdann das Krankengeld nach Ablauf der dreizehnten Woche nach Beginn der Krankheit fort, so endete zu diesem Zeitpunkt auch die Krankenhilfe (Arzt, Arznei, Heilmittel), s. §§ 6, 20 KVG. Als Maßstab für das Sterbegeld wurde der durchschnittliche Tagelohn an Stelle des ortsüblichen Tagelohns gesetzt (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 KVG.). Die Dauer der Wöchnerinnenunterstützung wurde auf vier Wochen verlängert mit der Maßgabe, daß Wöchnerinnen, die nach den Vorschriften der Gewerbeordnung während sechs Wochen nach der Niederkunft nicht beschäftigt werden durften, für diese Zeit Wöchnerinnenunterstützung erhielten. Anspruch auf Wöchnerinnenunterstützung hat fortan eine Wöchnerin, welche innerhalb des letzten Jahres vor der Entbindung mindestens sechs Monate gegen

Digitized by Google

Krankheit versichert gewesen war (§ 20 Abs. 1 Nr. 2 KVG.). Auch in den Beschränkungen der Mindestleistungen traten Änderungen ein, indem die Gemeinden bei der Gemeindekrankenversicherung und die Krankenkassen durch Statut beschließen konnten, daß Versicherte, welche die Versicherung durch eine mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte bedrohte strafbare Handlung geschädigt hatten, für die Dauer von zwölf Monaten seit Begehung der Straftat überhaupt kein oder nur einen Bruchteil des Krankengeldes erhalten sollten (§ 6a Abs. 1 Nr. 2, § 26a Abs. 2 Nr. 2 KVG.). Die Befugnis der Krankenkassen, Versicherte, welche die Kasse durch Betrug geschädigt hatten, auszuschließen, fiel fort. Sowohl von der Gemeindekrankenversicherung als auch von den Krankenkassen konnte bestimmt werden, daß Versicherte, welche die Krankenunterstützung ununterbrochen oder im Laufe eines Zeitraums von zwölf Monaten für dreizehn Wochen bezogen hatten, bei Eintritt eines neuen Unterstützungsfalls, sofern dieser durch die gleiche nicht gehobene Krankheitsursache veranlaßt war, im Laufe der nächsten zwölf Monate Krankenunterstützung nur für die Gesamtdauer von dreizehn Wochen zu gewähren sei. Das den Krankenkassen zustehende weitergehende Recht wurde beseitigt.

Die ursprünglich den Betriebs- und Baukrankenkassen vorbehaltene Befugnis, der Bemessung des Krankengeldes den wirklichen Arbeitsverdienst der einzelnen Versicherten an Stelle des durchschnittlichen Tagelohns zugrunde zu legen, wurde durch die Novelle zum Krankenkassenversicherungsgesetze vom 10. April 1892 (RGBl. S. 379) allen Zwangskrankenkassen eingeräumt (§ 26a Abs. 2 Nr. 6 KVG.) und ist seitdem beibehalten worden (§ 180 Abs. 4 RVO.).

Eine weitere Verlängerung der Unterstützungsdauer veranlaßte die Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 25. Mai 1903 (RGBl. S. 233). Um den lückenlosen Zusammenhang zwischen der Krankenversicherung und der Invalidenversicherung, bei der eine Krankenrente nach sechsundzwanzig Wochen Invalidität gewährt wird, herzustellen, wurde die Unterstützungsdauer auf sechsundzwanzig Wochen verlängert. Diese Absicht ist aber nicht vollständig erreicht worden, weil sich der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im Sinne der Krankenversicherung mit dem Begriffe der Invalidität im Sinne der Invalidenversicherung nicht deckt, so daß Personen, die über die sechsundzwanzigste Woche hinaus krank und arbeitsunfähig sind, nicht immer eine Krankenrente erhalten. Die Befugnis

Digitized by Google

der Gemeinden und der Krankenkassen, bei Krankheiten, die durch geschlechtliche Ausschweifungen entstanden waren, das Krankengeld ganz oder teilweise zu versagen, fiel fort. Die Dauer der Wöchnerinnenunterstützung wurde allgemein auf sechs Wochen verlängert.

Die Reichsversicherungsordnung hat an den Mindestleistungen für Krankheitsfälle nichts geändert. Insofern kann jedoch von einer Änderung der gesetzlichen Mindestleistungen gesprochen werden, als durch den Fortfall der Gemeindekrankenversicherung alle Versicherten auf die Regelleistungen der Krankenkassen, also auch auf Wochengeld und Sterbegeld sowie auf die Bemessung der Barleistungen mindestens nach dem durchschnittlichen Tagesentgelt an Stelle des Ortslohns Anspruch haben. Hinsichtlich der Berechnung der Unterstützungsdauer ist die Änderung hervorzuheben, daß die Zeit, in der nur Krankenpflege gewährt wird, auf die Dauer des Krankengeldbezugs bis zu dreizehn Wochen nicht angerechnet wird, wenn sie in den Krankengeldbezug fällt (§ 183 RVO.). Die Dauer des Wochengeldbezugs beträgt jetzt acht Wochen, von denen mindestens sechs in die Zeit nach der Niederkunft fallen müssen (§ 195 Abs. 1 RVO.). Für Mitglieder der Landkrankenkassen, die nicht der Gewerbeordnung unterstehen, bestimmt die Satzung die Dauer des Wochengeldbezugs auf mindestens vier und höchstens acht Wochen (§ 195 Abs. 2 RVO.). Neben Wochengeld wird Krankengeld nicht gewährt, die Wochen nach der Niederkunft müssen zusammenhängen (§ 195 Abs. 3 RVO.). Mit Zustimmung der Wöchnerin kann die Kasse an Stelle des Wochengeldes Kur und Verpflegung in einem Wöchnerinnenheime gewähren; sie kann Hilfe und Wartung durch Hauspflegerinnen gewähren und dafür bis zur Hälfte das Wochengeld einbehalten (§ 196 RVO.).

Die Träger der Krankenversicherung konnten von Anfang an an Stelle von Krankenpflege und Krankengeld Krankenhauspflege gewähren, und zwar auch dann, wenn durch statutarische Bestimmungen in den vom Gesetze zugelassenen Fällen, z. B. weil die Krankheit durch Beteiligung an Raufhändeln entstanden war, der Anspruch auf Krankengeld nicht bestand. Der Träger der Versicherung hatte das Wahlrecht; ein Recht auf Krankenhauspflege stand dem Versicherten so wenig zu, daß der Träger der Versicherung rechtlich nicht gehindert war, auch wenn er zuerst Krankenhauspflege hatte eintreten lassen, später damit zu wechseln und wieder Gewährung freier ärztlicher Behandlung und von Arzneien sowie die Zahlung

Digitized by Google

des Krankengeldes eintreten zu lassen. Selbst in dringenden Fällen konnte der Träger der Krankenversicherung die Gewährung der Krankenhauspflege dem Armenverband überlassen (vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts vom 14. Februar 1895, Bd. 27 S. 362, und vom 9. Juli 1903, Bd. 44 S. 378). Die vom bayerischen Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung (vgl. Entscheidung vom 9. April 1900, ArbVers. S. 771, und vom 9. Dezember 1902, Reger Bd. 23 S. 254) vertretene Auffassung, daß die Träger der Versicherung in den Fällen, in denen nach ärztlichem Gutachten Krankenhauspflege notwendig sei, die moralische Verpflichtung hätten, den Erkrankten einem Krankenhause zu überweisen, ist in der Rechtsprechung und auch in der Literatur nicht geteilt worden. Eine Verpflichtung der Krankenkassen zur Gewährung der Krankenhauspflege besteht auch nach der Reichsversicherungsordnung nicht; der Antrag, eine solche Verpflichtung für die Fälle, in denen der Arzt Krankenhauspflege für unbedingt notwendig halte, einzuführen, wurde in der Reichstagskommission abgelehnt (s. Kommissionsbericht z. RVO. 2. Teil S. 64 ff.). Infolgedessen können die Krankenkassen auch im Spruchverfahren nicht zur Gewährung von Krankenhauspflege verurteilt werden. Die neue Vorschrift (§ 184 Abs. 4 RVO.), wonach die Kasse dann, wenn die Art der Krankheit eine Behandlung oder Pflege verlangt, die in der Familie des Erkrankten nicht möglich ist, oder wenn die Krankheit ansteckend ist, oder wenn der Zustand des Erkrankten fortgesetzt Beobachtung erfordert, möglichst Krankenhauspflege gewähren soll, gibt nur der Beschwerdeinstanz das Recht, die Entschließung des Kassenvorstandes wegen Gewährung der Krankenhauspflege zu ändern (vgl. Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 16. November 1914, Amtliche Nachrichten S. 818). Danach scheint das Reichsversicherungsamt wenigstens auf dem Gebiete der Krankenversicherung der Aufsichtsbehörde das Recht einräumen zu wollen, im Einzelfalle den Kassenvorstand zur Gewährung bestimmter Leistungen anzuhalten. Das würde mit der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts (vgl. Entscheidung vom 1. Juli 1897, Bd. 51 S. 331, 353) und mit der bei Beratung des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 festgestellten übereinstimmenden Auffassung der verbündeten Regierungen und des Reichstags (s. Kommissionsbericht S. 65) und mit der bisherigen eigenen Praxis des Reichsversicherungsamts auf dem Gebiete der

Digitized by Google

Unfall- und Invalidenversicherung (s. Hanow, Kommentar z. RVO. Bd. I Anm. 5 f zu § 30) in Widerspruch stehen.

Eine Verpflichtung der Krankenkassen zur Gewährung der Krankenhauspflege besteht zweifellos dann, wenn die Krankheit des Dienstboten ansteckend ist, oder wenn die Behandlung oder Verpflegung des Dienstboten nicht oder nur unter erheblicher Belästigung des Dienstberechtigten in dessen Hause möglich ist, und wenn der Dienstbote oder der Dienstberechtigte die Unterbringung im Krankenhause beantragt (§ 437 RVO.). Außerdem sind die Landkrankenkassen zur Gewährung der Krankenhauspflege verpflichtet, wenn sie durch ihre Satzung mit Zustimmung der obersten Verwaltungsbehörde die Gewährung von Krankenpflege und Krankengeld grundsätzlich ausgeschlossen und sich für die ausschließliche Gewährung der Krankenhausbehandlung an landwirtschaftlich Beschäftigte, Dienstboten und hausgewerblich Versicherungspflichtige (§§ 426, 435, 487 RVO.) entschlossen haben (erweiterte Krankenpflege). Zweifelhaft ist es, ob Krankenkassen auch in anderen Fällen den Versicherten einen Rechtsanspruch auf Krankenhausbehandlung einräumen können, wie dies das Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 20. Februar 1913 (ArbVers. Bd. 30 S. 437) angenommen hat. Die Frage muß verneint werden, weil es sich dabei um die Einführung einer im Gesetze nicht vorgesehenen Mehrleistung handeln würde. Wenn Krankenhauspflege geboten, aber nicht gewährt werden kann, so kann mit Zustimmung des Erkrankten Hilfe und Wartung durch Krankenpfleger gewährt und dafür bis zu einem Viertel des Krankengeldes einbehalten werden (§ 185 RVO.).

IX. Nach dem Krankenversicherungsgesetze waren zwar die Gemeindekrankenversicherungen auch zur Gewährung von Mehrleistungen berechtigt, wenn sich bei niedrigen Beiträgen Überschüsse ergaben (§ 10 Abs. 3 KVG.), immerhin ist von dieser Befugnis, abgesehen vielleicht von der Beseitigung der Wartezeit beim Krankengeld und der Gewährung des Krankengeldes an Sonn- und Festtagen, schon in Ermangelung des Eintreffens dieser tatsächlichen Voraussetzungen, im nennenswerten Umfange nicht Gebrauch gemacht. Insbesondere wird die Gewährung von Familienhilfe (Arzt, Arznei und Heilmittel) an versicherungsfreie Familienmitglieder der Kassenmitglieder, zu deren Zubilligung die Gemein-

Digitized by Google

den seit der Novelle vom 10. April 1892 ermächtigt waren, kaum in erheblichem Maße stattgefunden haben.

Eingehender geregelt war die Gewährung der Mehrleistungen bei Krankenkassen. Nach § 21 des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 durften folgende Mehrleistungen in der Satzung vorgesehen werden:

a) die Dauer der Krankenunterstützung konnte bis zu einem Jahre festgesetzt werden,

b) das Krankengeld konnte auf einen höheren Betrag, und zwar bis zu dreiviertel des durchschnittlichen Tagelohns, festgesetzt werden. Die Gewährung kostspieliger Heilmittel war zulässig.

c) Neben freier Kur und Verpflegung im Krankenhause konnte das Krankengeld bis zu einem Achtel des durchschnittlichen Tagelohns auch solchen bewilligt werden, welche nicht den Unterhalt von Angehörigen aus ihrem Lohne bestritten hatten,

d) die Dauer der Wöchnerinnenunterstützung konnte auf sechs Wochen verlängert werden,

e) Krankenpflege (Arzt, Arznei und sonstige Heilmittel) konnte für erkrankte Familienangehörige der Kassenmitglieder, die nicht selbst dem Krankenversicherungszwange unterlagen, gewährt, für versicherungsfreie Ehefrauen der Mitglieder Wöchnerinnenunterstützung bis zur Dauer von sechs Wochen zugebilligt werden.

f) Das Sterbegeld konnte bis auf den vierzigfachen Betrag des ortsüblichen Tagelohns erhöht werden.

g) Beim Tode versicherungsfreier Ehefrauen und Kinder der Kassenmitglieder konnte ein Sterbegeld bis zu zwei Dritteln und bei Kindern bis zur Hälfte des Mitgliedersterbegeldes gewährt werden.

Durch die Novelle vom 10. April 1892 wurden die Krankenkassen ermächtigt, die Wartezeit beim Krankengeld abzuschaffen, seine Zahlung auch für Sonn- und Feiertage, die nicht Arbeitstage waren, einzuführen und die Fürsorge für Genesende auf die Dauer eines Jahres nach Beendigung der Krankenunterstützung zu übernehmen (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 a, 3 a KVG.).

Auch die Novelle vom 25. Mai 1903 (RGBl. S. 233) erweiterte den Umfang der Mehrleistungen. Im einzelnen konnte das Haus-

Digitized by Google

geld (Angehörigenunterstützung), das neben der Krankenhauspflege gezahlt werden mußte, wenn der in das Krankenhaus Eingewiesene Angehörige aus seinem Arbeitsverdienst unterhalten hatte, auf die Hälfte des durchschnittlichen Tagelohns erhöht werden, während das Krankengeld, das neben der Krankenhauspflege sonst gezahlt wurde, ein Viertel des durchschnittlichen Tagelohns betragen durfte (§ 21 Abs. 1 Nr. 2a, 3 KVG.). Schwangere, welche mindestens sechs Monate der Kasse angehörten, konnte eine der Wöchnerinnenunterstützung gleiche Unterstützung wegen der durch die Schwangerschaft verursachten Erwerbsunfähigkeit bis zur Gesamtdauer von sechs Wochen gewährt werden, auch war die Gewährung der erforderlichen Hebammendienste und freier ärztlicher Behandlung bei Schwangerschaftsbeschwerden zulässig (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 KVG.). Infolge eines redaktionellen Versehens war die Gewährung der Wöchnerinnenunterstützung an versicherungsfreie Ehefrauen der Kassenmitglieder nicht mehr zulässig (vgl. Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 20. Juni 1904, Bd. 46 S. 358), wohl aber die Gewährung der Schwangerenfürsorge (§ 21 Abs. 1 Nr. 5 KVG.). Für das Sterbegeld konnte ein Mindestbetrag von fünfzig Mark vorgesehen werden (§ 21 Abs. 1 Nr. 6 KVG.).

Die Reichsversicherungsordnung hat im wesentlichen die bisherige Art der Mehrleistungen beibehalten, immerhin einige auch durch die Erweiterung der Mindestleistungen gebotene Änderungen herbeigeführt. Auf dem Gebiete der Krankenhilfe sind danach Mehrleistungen: die Verlängerung der Dauer der Krankenhilfe auf ein Jahr, die Fürsorge für Genesende, die Gewährung von Hilfsmitteln gegen Verunstaltung und Verkrüppelung, die nach beendigtem Heilverfahren nötig sind, um die Arbeitsfähigkeit herzustellen oder zu erhalten (§ 187 RVO.), die Beseitigung der Wartezeit beim Krankengelde, die Erhöhung des Krankengeldes auf drei Viertel des Grundlohns und seine Zahlung an Sonn- und Festtagen, die nicht Arbeitstage sind. Die Beseitigung der Wartezeit beim Krankengeld ist aber nicht mehr schlechthin, sondern nur zulässig bei Krankheiten, die länger als eine Woche dauern, zum Tode führen oder durch einen Betriebsunfall verursacht sind, bei anderen Krankheiten nur mit Zustimmung des Vorsitzenden des Oberversicherungsamts (§ 191 RVO.). Für kleinere Heilmittel kann ein Höchstbetrag festgesetzt werden, auch darf bestimmt werden, daß die Kasse bis zu dieser Höhe einen Zuschuß für größere Heilmittel gewährt.

Digitized by Google

Es können andere als kleine Heilmittel, insbesondere Krankenkost, zugebilligt werden. Das Hausgeld, das neben der Krankenhauspflege zu zahlen ist, kann bis zum Betrage des gesetzlichen Krankengeldes erhöht werden, während Versicherten, für die kein Hausgeld zu zahlen ist, neben der Krankenhauspflege ein Krankengeld bis zur Hälfte des gesetzlichen Betrags zugebilligt werden kann (§ 194 RVO.).

Bei der Wochenhilfe können versicherungspflichtigen Ehefrauen oder allen weiblichen Versicherungspflichtigen — nicht auch Versicherungsberechtigten (Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 30. Oktober 1913, Amtliche Nachrichten S. 830) —, wenn sie Anspruch auf Wochengeld haben, Hebammendienste und ärztliche Geburtshilfe zugebilligt werden (§ 198 RVO.). Schwangeren, die der Kasse mindestens sechs Monate angehören, kann die Satzung ein Schwangerengeld in Höhe des Krankengeldes bis zur Gesamtdauer von sechs Wochen zubilligen, wenn sie infolge der Schwangerschaft arbeitsunfähig werden; dabei kann auf die Dauer dieser Leistung die Zeit der Gewährung des Wochengeldes vor der Niederkunft angerechnet werden. Außerdem können Schwangeren Hebammendienste und ärztliche Geburtshilfe bei Schwangerschaftsbeschwerden zugebilligt werden (§ 199 RVO.). Die Verlängerung der Dauer der Wochenunterstützung durch die Satzung ist nicht mehr zulässig. Als eine Erweiterung der Mehrleistungen kommt auch das Stillgeld in Betracht, das auf die Dauer von zwölf Wochen bis zur Höhe des halben Krankengeldes gewährt werden kann (§ 200 RVO.).

Die Erhöhung des Sterbegeldes auf den vierzigfachen Betrag des Grundlohns und die Festsetzung des Mindestbetrags von fünfzig Mark sind aus dem bisherigen Rechte übernommen. Auch bei der Familienhilfe sind keine wesentlichen Änderungen vorgenommen, allerdings eine Erweiterung insofern, als auch die durch die Reichsversicherungsordnung vorgesehenen Mehrleistungen auf dem Gebiete der Wochenhilfe auch den versicherungsfreien Ehefrauen zugewendet werden können (vgl. Kommissionsbericht zur RVO. 2. Teil S. 102).

X. Nach dem Krankenversicherungsgesetz erstand für Versicherungspflichtige der Anspruch auf die Mindestleistungen gegenüber dem Träger der Versicherung, dem die betreffende Person

Digitized by Google

angehören mußte (§§ 5, 26 Abs. 1 KVG.), mit dem Beginne der versicherungspflichtigen Beschäftigung. Nur für die Gewährung der Mehrleistungen konnten die Krankenkassen eine Wartezeit von höchstens sechs Monaten einführen (§ 26 Abs. 3 KVG.). Sowohl die Gemeinden bei der Gemeindekrankenversicherung als auch die Krankenkassen konnten für Versicherungsberechtigte den Anspruch auf die Mindestleistungen von der Zurücklegung einer Wartezeit von höchstens sechs Wochen abhängig machen (§ 6a Abs. 1 Nr. 1, § 26a Abs. 2 Nr. 4 KVG.). Als Regel ist dies von der Reichsversicherungsordnung beibehalten worden (§§ 207, 208 RVO.) mit der Maßgabe jedoch, daß die Wartezeit für Mehrleistungen dann nicht gilt, wenn das Mitglied binnen der letzten zwölf Monate bereits für sechs Monate Anspruch auf Mehrleistungen einer Krankenkasse (§ 225 RVO.) oder einer knappschaftlichen Krankenkasse hatte (§ 208 RVO.). Neu ist, daß durch die Satzung bei unständig Beschäftigten und bei hausgewerblich Versicherungspflichtigen auch für den Anspruch auf die Regelleistungen die Zurücklegung einer Wartezeit von höchstens sechs Wochen gefordert werden kann (§§ 451, 487 RVO.). Unständig Beschäftigte und hausgewerblich Versicherungspflichtige werden zwar durch Beginn der versicherungspflichtigen Beschäftigung versicherungspflichtig, aber erst Mitglieder einer Krankenkasse, also zum Bezuge der Kassenleistungen berechtigt, mit dem Zeitpunkte, zu dem sie in das Mitgliederverzeichnis eingetragen werden (§ 442 Abs. 3, § 468 Abs. 1 RVO.).

Auch hinsichtlich der Mehrleistungen sind für einzelne Berufszweige Besonderheiten vorgesehen. Die unständig Beschäftigten haben nur Anspruch auf Mehrleistungen, soweit es die Satzung bestimmt (§ 450 Abs. 5 RVO.). Im Wandergewerbe Beschäftigte können Mehrleistungen nur auf Antrag erhalten, wenn dies die Satzung zuläßt und sich das Mitglied im Kassenbezirk aufhält (§ 462 Abs. 1 RVO.).

Bemerkenswert ist die Möglichkeit, die Regelleistungen für einzelne Arten von Versicherten verschieden hoch zu bemessen. Das Krankenversicherungsgesetz kannte eine solche Abstufung der Leistungen überhaupt nicht. Das Gesetz, betreffend die Unfall- und Krankenversicherung der in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben beschäftigten Personen, vom 5. Mai 1886 (RGBl. S. 132) ließ zuerst für die land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter eine von der Regel abweichende Gestaltung der Leistungen zu. Nach

Digitized by Google

§ 137 a. a. O. konnte der Anspruch auf Krankengeld fortfallen, wenn die versicherungspflichtigen Personen auf Grund eines mindestens für die Dauer eines Jahres abgeschlossenen Arbeitsvertrags entweder für das Jahr Sachleistungen im dreihundertfachen Betrage des täglichen Krankengeldes oder für den Arbeitstag ein Entgelt im Werte dieses Krankengeldes bezogen und ihnen ein Rechtsanspruch auf diese Leistungen für die Geltungsdauer des Arbeitsvertrags gesichert war. Wurden geringere Leistungen zugesichert, so konnte nach § 138 a. a. O. das Krankengeld entsprechend gekürzt werden. Die Reichsversicherungsordnung hat die Zulässigkeit dieser Beschränkungen mit der Maßgabe beibehalten, daß sie sich auch auf die übrigen Barleistungen der Krankenkassen (Wochengeld, Schwangerengeld, Hausgeld und Taschengeld bei Krankenhauspflege sowie Stillgeld) mit Ausnahme des Sterbegeldes beziehen können (§§ 420, 421, 425 RVO.). Weiter kann die Satzung einer Landkrankenkasse mit Zustimmung des Oberversicherungsamts bestimmen, daß landwirtschaftlich Beschäftigte keine Barleistungen erhalten, denen auf Grund der Reichsversicherungsordnung eine dauernde jährliche Rente mindestens im dreihundertfachen Betrage des satzungsmäßigen täglichen Krankengeldes gewährt ist (§§ 423, 425 RVO.), oder daß gewisse Gruppen von ihnen für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 31. März oder für einen Teil des Winterhalbjahrs ein bis auf ein Viertel des Ortslohns herabgesetztes Krankengeld und Hausgeld erhalten (§ 424 RVO.). Lehrlinge, die ohne Entgelt beschäftigt werden, erhalten kein Krankengeld (§ 494 RVO.).

Bei hausgewerblich Versicherungspflichtigen richtet sich die Höhe der Barleistungen nach dem Betrage der dem Hausgewerbetreibenden gutgeschriebenen Auftraggeberzuschüsse. Dabei verhält sich die Barleistung, wenn die Satzung nicht anders bestimmt, zur gesetzlichen Barleistung wie der Betrag der im letzten Geschäftsjahre dem Hausgewerbetreibenden gutgeschriebenen Zuschüsse zu dem aller Beiträge, die der Hausgewerbetreibende für diese Zeit eingezahlt hat (§§ 482, 484 RVO.). Die Satzung kann mit Zustimmung des Vorsitzenden des Oberversicherungsamts bestimmen, wie weit die Barleistungen gekürzt oder einbehalten werden, wenn der Hausgewerbetreibende mit seinen Beiträgen im Rückstand ist (§§ 483, 484 RVO.).

Hat ein unständig Beschäftigter im Laufe der letzten sechsundzwanzig Wochen vor der Erkrankung für mehr als acht

Digitized by Google

Wochen seinen Beitragsteil nicht geleistet, so erhält er nur Krankenpflege und ein Sterbegeld von höchstens dreißig Mark. Besteht die Mitgliedschaft noch nicht sechsundzwanzig Wochen, so treten die gleichen Beschränkungen ein, wenn er seinen Beitragsteil für mehr als ein Viertel der Versicherungsdauer nicht geleistet hat (§ 452 RVO.).

Eine verschiedene Bemessung der Leistungen bei ein und derselben Kasse wird auch dadurch erreicht, daß die Kassensatzung verschiedene Grundlöhne festsetzen kann oder festsetzen muß. In erster Linie tritt dies bei Landkrankenkassen ein, wenn diese den Ortslohn als Grundlohn bestimmen (§ 181 Abs. 1 RVO.); denn für Betriebsbeamte, Werkmeister und andere Angestellte in ähnlich gehobener Stellung sowie für Facharbeiter und Versicherte, die der allgemeinen Ortskrankenkasse nach Art ihrer Beschäftigung angehören müßten, wenn eine solche neben der Landkrankenkasse errichtet wäre, muß als Grundlohn der durchschnittliche Tagelohn oder der wirkliche Arbeitsverdienst beibehalten werden (§ 181 Abs. 2 RVO.). In Bezirken ohne Landkrankenkassen kann die Satzung der allgemeinen Ortskrankenkasse den Ortslohn als Grundlohn für die Versicherten bestimmen, die nach Art ihrer Beschäftigung einer Landkrankenkasse anzugehören hätten; ausgenommen sind auch hier wieder Betriebsbeamte, Werkmeister und andere Angestellte in ähnlich gehobener Stellung sowie Facharbeiter. Das Oberversicherungsamt kann die Aufnahme einer solchen Bestimmung anordnen (§ 181 Abs. 3 RVO.). Für landwirtschaftlich Beschäftigte, die dauernd nur zu einem geringen Teile arbeitsunfähig sind, kann die Satzung einer Landkrankenkasse mit Zustimmung des Oberversicherungsamts den Grundlohn niedriger als den Ortslohn bestimmen.

Unständig Beschäftigte erhalten die Leistungen immer unter Zugrundelegung des Ortslohns; dabei kann für einzelne Gruppen der Ortslohn mit Zustimmung des Oberversicherungsamts durch Zuschläge erhöht (§ 450 RVO.) und für solche Personen, welche dauernd nur zu einem geringen Teile arbeitsunfähig sind, der Grundlohn niedriger als Ortslohn festgesetzt werden (§§ 423 Abs. 3, 450 Abs. 2 RVO.). Auch bei Hausgewerbetreibenden und den von ihnen hausgewerblich Beschäftigten dient der Ortslohn als Grundlohn (§ 480 Abs. 2 RVO.).

Für sich freiwillig versichernde Personen kannte das Krankenversicherungsgesetz insofern eine abweichende Bemessung

Digitized by Google

der Kassenleistungen, als durch die Satzung bestimmt werden konnte, daß sich weiterversichernde Personen, die sich nicht im Kassenbezirk oder im Bezirke des Kassenverbandes aufhielten, an Stelle der Krankenpflege die Hälfte des Krankengeldes als Vergütung erhalten sollten (§ 27 KVG.). Die Reichsversicherungsordnung hat diese Besonderheit beibehalten (§ 193 Abs. 3 RVO.), gleichzeitig aber für die übrigen freiwilligen Kassenmitglieder eine abweichende Festsetzung der Leistungen vorgesehen. Bestimmt der Bundesrat, daß versicherungsfreie vorübergehend beschäftigte Personen freiwillig der Versicherung beitreten können, so kann er die Regelleistungen für sie auf Krankenpflege und auf Krankenhauspflege ohne Hausgeld oder deren Ersatz ohne Krankengeld beschränken (§ 215 Abs. 1 RVO.). Für diejenigen, welche der Versicherung freiwillig beitreten, kann die Satzung mit Zustimmung des Oberversicherungsamts die Kassenleistungen entweder in gleichem Maße oder auf das Krankengeld beschränken (§ 215 Abs. 2 RVO.).

Streitigkeiten über die Gewährung der Leistungen der Krankenversicherung wurden nach § 58 Abs. 1 KVG. durch die Aufsichtsbehörde entschieden. Ihre Entscheidungen konnten binnen vier Wochen nach der Zustellung mittels Klage im ordentlichen Rechtswege, soweit aber landesgesetzlich solche Streitigkeiten dem Verwaltungsstreitverfahren überwiesen waren, im Wege dieses Verfahrens angefochten werden. Nach § 1636 RVO. ist in solchen Fällen der Spruchausschuß des Versicherungsamts zuständig. Sein Vorsitzender entscheidet ohne Zuziehung von Beisitzern in öffentlicher mündlicher Verhandlung, wenn es sich handelt um die lediglich rechnerische Feststellung der Dauer und Höhe der Krankenhilfe, um Gewährung der Krankenhauspflege an Stelle der Krankenhilfe, um das Sterbegeld oder um Leistungen im Gesamtwerte von weniger als fünfzig Mark (§ 1661 RVO.). Gegen die Urteile des Versicherungsamts ist das Rechtsmittel der Berufung an die Spruchkammer des Oberversicherungsamts (§ 1675 RVO.) und gegen deren Entscheidungen die Revision an den Spruchsenat des Reichsversicherungsamts zulässig (§ 1694 RVO.). Die Revision ist aber ausgeschlossen, wenn es sich handelt um die Höhe des Kranken-, Haus- oder Sterbegeldes, um Unterstützungsfälle, in denen der Kranke nicht oder weniger als acht Wochen arbeitsunfähig war, wobei nicht gefordert wird, daß der strittige Anspruch sich auf acht Wochen erstreckt (vgl. Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 16. November 1914,

Digitized by Google

Amtliche Nachrichten 1915 S. 367), um Wochen- oder Familienhilfe, um Kapitalabfindung oder um die Kosten des Verfahrens (§ 1695 RVO.).

XI. Von Anfang an bestand für die Beitragsleistung die Regel, daß die Arbeitgeber die Beiträge für die Versicherungspflichtigen einzuzahlen und ein Drittel davon aus eigenen Mitteln zu zahlen hatten. Die Versicherten hatten sich den Abzug ihres Beitragsteils vom Lohne gefallen zu lassen. Eine Ausnahme hinsichtlich der Beitragsteilung wurde durch § 90 Gewerbeordnung eingeführt, indem dort zugelassen wurde, daß die Innungsmitglieder die Hälfte der Kassenbeiträge auf eigene Mittel übernahmen; dann konnte beschlossen werden, daß der Vorsitzende sowie die Hälfte der Mitglieder des Vorstandes und der Generalversammlung von der Innung zu stellen wären. Jetzt kann nach § 381 Abs. 2 RVO. die Satzung der Innungskrankenkassen bestimmen, daß die Arbeitgeber und die Versicherten je die Hälfte der Beiträge zu tragen haben. Wird dies durch Änderung der Satzung bestimmt, so bedarf der Beschluß der Zustimmung der Mehrheit der Vertreter der Arbeitgeber und der Versicherten. Der Vorsitzende und sein Stellvertreter werden jetzt immer von der Innung aus der Zahl der Vorstandsmitglieder bestellt (§ 341 Abs. 2 RVO.). Eine weitere Ausnahme war durch § 52a der Novelle vom 10. April 1892 vorgesehen, indem auf Antrag des Versicherungsträgers die Aufsichtsbehörde widerruflich anordnen konnte, daß solche Arbeitgeber, die mit der Abführung der Beiträge im Rückstande geblieben waren, und deren Zahlungsunfähigkeit im Zwangsbeitreibungsverfahren festgestellt worden war, nur den auf sie selbst fallenden Teil der Beiträge, welche für die von ihnen beschäftigten versicherungspflichtigen Personen zu entrichten waren, einzuzahlen hatten, während die von solchen Arbeitgebern beschäftigten Versicherungspflichtigen ihren Beitragsteil selbst einzuzahlen hatten. Diese Regelung ist in den §§ 398—402 RVO. beibehalten worden.

Für die im Wandergewerbe Beschäftigten, für unständig Beschäftigte und für hausgewerblich Versicherungspflichtige ist die Beitragsleistung in der Reichsversicherungsordnung bei Einführung der gesetzlichen Versicherungspflicht abweichend geregelt worden. Beim Wandergewerbe zahlt der Gewerbetreibende für die Zahl der Personen, die er bei Ausübung des Gewerbes mit sich führen will,

Digitized by Google

im voraus die Beiträge für die Dauer des Wandergewerbescheins ein. Den Versicherten können die Beitragsteile für Zeiten, die längstens inen Monat zurückliegen, vom Lohne abgezogen werden (§§ 459, 463 RVO.). Unständig Beschäftigte haben ihre Beitragsteile der Kasse ihres Wohnorts selbst einzuzahlen. Die Beitragsteile der Arbeitgeber fallen dem Gemeindeverband, in dessen Bezirk diese Kasse ihren Sitz hat, zur Last. Er muß sie vierteljährlich auf Grund einer eingereichten Rechnung einzahlen (§ 453 RVO.). Für hausgewerblich Beschäftigte hat der Auftraggeber allmonatlich unter Einreichung einer Liste der von ihm beschäftigten Hausgewerbetreibenden Zuschüsse einzuzahlen, die einheitlich für das Gebiet des Reichs in der Weise festgesetzt sind, daß jährlich ihre Gesamtsumme die Hälfte der Gesamtlast deckt, die den Landkrankenkassen erwachsen würde, wenn sie die Regelleistungen nach dem Ortslohne gewährten und ihnen alle hausgewerblich Versicherungspflichtigen angehörten (§§ 471, 477 RVO.). Die andere Hälfte dieser Belastung wird durch Beiträge gedeckt, die der Hausgewerbetreibende für sich und seine hausgewerblich Beschäftigten einzuzahlen hat (§§ 480, 481 RVO.). Der Gemeindeverband kann durch Statut die hausgewerblich Versicherungspflichtigen von der Beitragspflicht befreien und insoweit selbst die Kosten der Versicherung übernehmen (§ 489 RVO.). Er kann hierzu durch Anordnung der Landesbehörde gezwungen werden, wenn die Hausgewerbetreibenden außerstande sind, Beiträge zu leisten (§ 490 RVO.).

Die Versicherungsberechtigten, und zwar sowohl die freiwillig beigetretenen (§ 176 RVO.) wie die sich weiterversichernden (§ 313 RVO.), müssen die vollen Beiträge von Anfang der Weiterversicherung an, selbst zu den vorgeschriebenen Zahltagen einzahlen (§ 331 Abs. 3 RVO.). Die Mitgliedschaft erlischt, wenn die Versicherungsberechtigten zweimal nacheinander am Zahltage die Beiträge nicht einzahlen (§ 4 Abs. 4, § 27 Abs. 2 KVG., § 314 RVO.). Nach § 314 Abs. 1 RVO. müssen seit dem ersten Zahltage mindestens vier Wochen liegen, sofern nicht die Satzung diesen Zeitraum verlängert hat.

Nach dem Gesetze, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 wurden von allen Kassenmitgliedern als Beiträge gleich hohe Prozentsätze des Grundlohns (Ortslohn, durchschnittlicher Tagesverdienst, wirklicher Arbeitsverdienst) erhoben; Abweichungen waren unzulässig (vgl. Entscheidung des Oberverwal-

Digitized by Google

tungsgerichts vom 9. Dezember 1886, Bd. 14 S. 365). Durch die Novelle vom 10. April 1892 war für gemeinsame Ortskrankenkassen eine Abstufung der Beiträge nach Gefahrenklassen zugelassen, wenn und soweit die Verschiedenheit der Gewerbezweige und Betriebsarten eine erhebliche Verschiedenheit der Erkrankungsgefahr bedingte (§ 22 Abs. 3 KVG.). Auch nach der Reichsversicherungsordnung ist dies zulässig; außerdem aber kann die Satzung eine höhere Bemessung der Beitragsteile des Arbeitgebers für einzelne Betriebe zulassen, soweit die Erkrankungsgefahr erheblich höher ist (§ 384 RVO.).

Eine verschiedene Höhe der Beiträge der Mitglieder derselben Krankenkasse ergibt sich nach der Reichsversicherungsordnung noch in den Fällen, in denen eine verschiedene Bestimmung des Grundlohns zulässig ist. Außerdem schreibt die Reichsversicherungsordnung an verschiedenen Stellen besonders vor, daß die Beiträge für bestimmte Gruppen von Versicherten ermäßigt werden müssen. Hierher gehört zunächst die Ermäßigung der Beiträge für landwirtschaftlich Beschäftigte, die keine oder nur verkürzte Barleistungen erhalten (§§ 420 Abs. 3, 421, 423 Abs. 2, 424 RVO.). Auch für unständig Beschäftigte sind die Beiträge durch die Satzung besonders festzusetzen (§ 450 Abs. 1 RVO.). Für die im Wandergewerbe beschäftigten Versicherungspflichtigen sind die Beiträge nach § 462 Abs. 2 RVO. zu kürzen, wenn die übrigen Mitglieder Mehrleistungen und die im Wandergewerbe Beschäftigten solche nur dann erhalten, wenn sie sich im Kassenbezirk aufhalten. Das Gleiche gilt nach § 494 Abs. 2 RVO. für Lehrlinge, die ohne Entgelt beschäftigt werden und daher kein Krankengeld erhalten.

Die Beitragszahlung kann für die Versicherten ganz in Fortfall kommen, wenn der Gemeindeverband, sei es freiwillig, sei es auf Anordnung der Landesregierung, die Beitragszahlung für die hausgewerblich Versicherungspflichtigen wegen mangelnder Leistungsfähigkeit übernommen hat (§§ 489, 490 RVO.).

Sind bei Versicherten, die der Kasse freiwillig beigetreten sind, die Leistungen entweder durch den Bundesrat oder durch die Kassensatzung gekürzt, so müssen nach § 215 RVO. auch die Beiträge ermäßigt werden.

Streitigkeiten über die Leistung und Zahlung von Beiträgen wurden unter der Herrschaft des Krankenversicherungsgesetzes durch die Aufsichtsbehörde entschieden, deren Entscheidung binnen

Digitized by Google

vier Wochen durch Klage im ordentlichen Rechtsweg oder — wo solches landesgesetzlich bestimmt war — im Verwaltungsstreitverfahren angefochten werden konnte (§ 58 Abs. 1 KVG.). Nach der Reichsversicherungsordnung entscheiden über diese Streitigkeiten die Versicherungsbehörden, und zwar in erster Instanz der Beschlußausschuß des Versicherungsamts und in zweiter Instanz endgültig die Beschlußkammer des Oberversicherungsamts (§ 405 Abs. 2 RVO.). Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Versicherungspflichtigen über Berechnung und Anrechnung der Beitragsteile wurden nach dem Krankenversicherungsgesetz ursprünglich im ordentlichen Rechtsweg entschieden. Durch den § 78 Abs. 1 des Gesetzes, betreffend die Gewerbegerichte, vom 29. Juli 1890 (RGBl. S. 141) wurden diese Streitigkeiten den Gewerbegerichten überwiesen. Dieser Änderung des Rechtszustandes trug § 53a der Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 10. April 1892 Rechnung. Nach der Reichsversicherungsordnung werden diese Streitigkeiten durch die Versicherungsbehörden entschieden, und zwar endgültig durch den Beschlußausschuß des Versicherungsamts. Ist aber das Beschäftigungsverhältnis bei Beginn des Streites gelöst, so sind die ordentlichen Gerichte zuständig.

Nach dem Krankenversicherungsgesetze mußten die Gemeinden der Gemeindekrankenversicherung Vorschüsse gewähren, wenn die Einnahmen zur Deckung der Ausgaben nicht ausreichten (§ 9 Abs. 4 KVG.). Die gleiche Verpflichtung hatte nach § 64 Nr. 5 KVG. der Betriebsunternehmer gegenüber seiner Betriebskrankenkasse. Nach § 65 Abs. 3 KVG. mußte der Betriebsunternehmer ferner Zuschüsse aus eigenen Mitteln der Betriebskrankenkasse leisten, wenn bei Erhöhung der Beiträge auf drei v. H. des durchschnittlichen Tagelohns oder des wirklichen Arbeitsverdienstes die Ausgaben für die Mindestleistungen nicht gedeckt wurden. Die gleiche Verpflichtung hatte die Innung gegenüber der Innungskrankenkasse (§ 73 Abs. 1 KVG.). Durch die Novelle vom 25. Mai 1903 wurde die Höchstgrenze auf 4 v. H. erhöht. Gegenüber den Ortskrankenkassen hatten die Gemeinden eine Verpflichtung zur Zahlung weder von Zuschüssen noch von Vorschüssen.

Nach der Reichsversicherungsordnung sind die Gemeindeverbände Garantieverbände für die Orts- und Landkrankenkassen. Die Zuschußpflicht tritt aber nach §§ 389, 390 RVO. nur ein, wenn die Beiträge bei einer Höhe von sechs v. H. des Grundlohns

Digitized by Google

die Regelleistungen nicht decken. Die gleiche Verpflichtung hat der Unternehmer gegenüber seiner Betriebskrankenkasse und die Innung gegenüber der Innungskrankenkasse. Während der Kriegszeit tritt die Zuschußpflicht schon bei einer Höhe der Beiträge von viereinhalb des Grundlohns ein (s. Gesetz, betreffend die Sicherung der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen vom 4. August 1914, RGBl. S. 337). Reicht das Vermögen einer aufgelösten oder geschlossenen Orts- oder Landkrankenkasse nicht aus, um die Ansprüche der Beamten zu befriedigen, so muß nach § 305 RVO. der Gemeindeverband für den Fehlbetrag eintreten. Bei Auflösung oder Schließung von Betriebs- oder Innungskrankenkassen muß der Arbeitgeber oder die Innung eintreten, wenn das Vermögen der Kasse zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht (§ 304 RVO.). Ergibt bei Vereinigung von Betriebs- oder Innungskrankenkassen die Bilanz der aufnehmenden Kasse einen Fehlbetrag, so muß der Arbeitgeber oder die Innung ihn decken (§ 296 Abs. 2 RVO.). Das Gleiche gilt bei Ausscheidung von Mitgliedern aus solchen Kassen (§ 298 Abs. 2 RVO.). Die Satzung einer Orts-, Land- oder Innungskrankenkasse kann mit Zustimmung des Oberversicherungsamts bestimmen, unter welchen Voraussetzungen die Kasse von dem Arbeitgeber Vorschüsse fordern kann. Abgesehen von der Übergangsvorschrift im Art. 16 EG. z. RVO. kennt die Reichsversicherungsordnung eine Zahlung von Vorschüssen sonst nicht.

XII. Die Gemeindekrankenversicherung hatte, soweit sie für eine einzelne Gemeinde tätig war, keine Organe; die Verwaltung wurde von den Gemeindeorganen besorgt. Nur für gemeinsame Gemeindekrankenversicherungen mußten Stellen, die die Verwaltung besorgten, vorgesehen werden, sofern nicht der weitere Kommunalverband die Verwaltung führte (§ 13 KVG.). Organe der Krankenkassen waren der Vorstand und die Generalversammlung. Diese bestand bei kleinen Kassen aus allen Kassenmitgliedern, welche großjährig und im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte waren, oder aus gewählten Vertretern. Hatte die Kasse mindestens fünfhundert Mitglieder, so mußten Vertreter gewählt werden (§ 37 KVG.). Sowohl die Vorstandsmitglieder als auch die Vertreter wurden durch einfache Stimmenmehrheit gewählt. Soweit die Geheimhaltung der Wahl nicht gefährdet wurde, konnte auch die Verhältniswahl eingeführt werden. Im allgemeinen führte der Vorstand die laufende

Digitized by Google

Verwaltung, doch war es nicht unzulässig, auch hier die Generalversammlung entscheidend mitwirken zu lassen; nur mußten der Generalversammlung die Abnahme und Prüfung der Jahresrechnung, die Verfolgung von Ansprüchen der Kasse gegen Vorstandsmitglieder aus der Amtsführung und die Beschlußfassung über Abänderung der Satzungen vorbehalten bleiben (§ 36 KVG.). Durch die Reichsversicherungsordnung sind allenthalben grundlegende Änderungen herbeigeführt worden. An die Stelle der Generalversammlung ist der Ausschuß getreten, der bei Orts-, Land- und Innungskrankenkassen aus höchstens neunzig Vertretern bestehen darf, und zwar aus dreißig Vertretern der Arbeitgeber und sechzig Vertretern der Versicherten, sofern nicht bei Innungskrankenkassen die Beiträge zur Hälfte von den Innungsmitgliedern übernommen sind; alsdann kommt ihnen auch die Hälfte der Vertreter zu (§§ 332 Abs. 1, 341 Abs. 1 RVO.). Bei Betriebskrankenkassen besteht der Ausschuß aus dem Arbeitgeber oder seinem Vertreter und aus höchstens fünfzig Vertretern der Versicherten (§ 338 Abs. 2 RVO.). Alle Vertreter zum Ausschusse sowie die Vorstandsmitglieder werden im Wege der Verhältniswahl gewählt (§ 15 Abs. 1 RVO.). Bei den Landkrankenkassen ist diese aber undurchführbar, weil hier die Vorstandsmitglieder und Vertreter im Ausschusse nicht von den Arbeitgebern und Versicherten, sondern von der Vertretung des Gemeindeverbandes gewählt werden (§§ 331, 336 RVO.). Der Vorsitzende des Vorstandes wird bei Ortskrankenkassen von den Vorstandsmitgliedern aus ihrer Mitte gewählt, und zwar im Wege der itio in partes (§ 328 RVO.). Bei Betriebskrankenkassen ist der Arbeitgeber oder sein Vertreter kraft Gesetzes Vorsitzender des Vorstandes (§ 338 RVO.), während bei Innungskrankenkassen die Innung immer den Vorsitzenden bestellt (§ 341 Abs. 1 RVO.). Bei Landkrankenkassen wählt die Vertretung des Gemeindeverbandes den Vorsitzenden des Vorstandes und seinen Stellvertreter.

Der Vorstand führt auch jetzt die Verwaltung der Kasse, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (§ 342 RVO.). Vorbehalten sind der Beschlußfassung des Ausschusses die Festsetzung des Voranschlags, die Abnahme der Jahresrechnung, die Vertretung der Kasse gegenüber den Vorstandsmitgliedern, der Abschluß von Vereinbarungen und Verträgen mit anderen Kassen, der Erlaß der Krankenordnung, die Errichtung von Melde- und Zahlstellen, die Änderung der Satzung, die Auflösung der Kasse oder ihre Vereinigung mit

Digitized by Google

anderen Kassen (§§ 345, 347 RVO.). Die Satzung kann den Vorstand in der Führung der laufenden Verwaltung zugunsten des Ausschusses nicht beschränken (Begründung zur RVO. S. 205). Die Zustimmung des Ausschusses ist aber erforderlich zur Festsetzung der Dienstordnung für die Angestellten und zur Errichtung von Krankenhäusern und Genesungsheimen. Bei Erwerb, Veräußerung oder Belastung von Grundstücken wird die Kasse durch den Vorstand und Ausschuß vertreten (§ 346 RVO.). Ein vom Vorstand allein vorgenommenes Rechtsgeschäft dieser Art ist nichtig (vgl. Entscheidung des Reichsversicherungsamts vom 9. Oktober 1915, Amtliche Nachrichten 1916 S. 375). Dem Ausschusse liegt auch die Bestimmung darüber ob, wie für die Mitglieder, die sich nicht im Kassenbereich aufhalten, die Beiträge einzuzahlen und die Leistungen auszuzahlen sind, und wie die Krankenüberwachung bei ihnen zu regeln ist (§ 348 RVO.).

XIII. Das Krankenversicherungsgesetz überließ die Anstellung, Beschäftigung und Entlassung der Angestellten dem freien Ermessen der Krankenkassen — bei der Gemeindekrankenversicherung besorgten Gemeindebeamte die Verwaltungsgeschäfte — und vorbehaltlich abweichender Regelung durch die Satzung als Angelegenheit der laufenden Verwaltung dem freien Ermessen des Vorstandes oder seines Vorsitzenden. Vorgesehen war seit der Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom 25. Mai 1903 (RGBl. S. 233) lediglich die Amtsenthebung der Geschäftsführer der Kassen durch die Aufsichtsbehörde, wenn sie infolge gerichtlicher Anordnung in der Verfügung über ihr Vermögen beschränkt waren, oder wenn gegen sie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt wurde, oder wenn hinsichtlich ihrer Tatsachen bekannt wurden, welche sich als grobe Verletzung der Amtspflichten in bezug auf die Kassenführung darstellten, oder wenn endlich gegen sie das Hauptverfahren wegen eines Verbrechens oder Vergehens eröffnet wurde, das die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter zur Folge haben konnte. Diese völlige Bewegungsfreiheit der Kassenvorstände hat Unzuträglichkeiten zur Folge gehabt, über die in der Begründung zur Reichsversicherungsordnung (S. 128) folgendes ausgeführt wird:

> Geklagt wird darüber, daß die Stellen der Kassenbeamten völlig nach der Willkür der Kassenorgane und demzufolge oft auch aus unsachlichen Rücksichten und mit nicht oder wenig geeigneten

Digitized by Google

Personen besetzt würden. Namentlich taucht ungeachtet allen Widerspruchs der beteiligten Kassenverwaltungen immer wieder der Vorwurf auf, daß politische Parteien da, wo ihre Mitglieder das Übergewicht in den Organen der Krankenkassen erlangt hätten, auf alle Weise die alten, der Partei nicht angehörenden Kassenbeamten zu verdrängen und durch eigene Anhänger zu ersetzen wüßten. Bei deren Auswahl aber soll es dann nur auf bewährte Rührigkeit für die Partei, nicht auf die sachliche Befähigung für die Stellengeschäfte ankommen.

Eine zweite Gruppe von Klagen geht von den Kassenangestellten selbst aus. Sie beschweren sich darüber, daß sie in ihrer Stellung nicht gesichert, vielmehr vollkommen dem guten oder bösen Willen der Vorstände überliefert seien und sich bedingungslos deren Anforderungen und Ansichten fügen müßten.

Diese Klagen der einen wie der anderen Art entbehren nicht völlig der Begründung. Dafür spricht schon die Tatsache, daß der Reichstag, als er die Novelle zum Krankenversicherungsgesetze vom Jahre 1903 beriet, in seiner großen Mehrheit es als notwendig anerkannt hat, die Verhältnisse der Kassenangestellten durch den Erlaß von Dienstordnungen zu regeln. Wenn damals auch schließlich auf der Aufnahme einer entsprechenden Vorschrift in die Novelle im Interesse ihres baldigen Zustandekommens nicht bestanden wurde, so hat doch der Reichstag gleichzeitig in einer Resolution die verbündeten Regierungen aufgefordert, diese Frage demnächst zu ordnen.

Dementsprechend behandelt die Reichsversicherungsordnung das Verhältnis zwischen Krankenkassen und ihren Angestellten sehr eingehend. Allerdings nur bei den Orts-, Land- und Innungskrankenkassen, denn bei den Betriebskrankenkassen bestellt der Arbeitgeber auf seine Kosten und Verantwortung die für die Geschäftsführung erforderlichen Personen. Diese können durch das Versicherungsamt ihres Amtes enthoben werden, wenn Tatsachen bekannt werden, die die Vertrauenswürdigkeit für die Geschäftsführung ausschließen. Der Unternehmer hat zudem Angestellte, die ihre dienstliche Stellung oder ihre Dienstgeschäfte zu einer religiösen oder politischen Tätigkeit mißbrauchen, zu verwarnen und bei Wiederholung sofort zu entfernen (§ 362 Abs. 2 RVO.). Bei den Orts-, Land- und Innungskrankenkassen wird zwischen Kassenangestellten und Kassenbeamten unterschieden. Kassenangestellte sind alle im Bureau-, Kanzlei- oder Botendienste der Krankenkassen beschäftigten Personen, auf die die Dienstordnung Anwendung findet. Die Dienstordnung gilt nicht für Personen, denen die Rechte und Pflichten der Staatsbeamten oder der gemeindlichen Beamten auf Grund des § 359

Digitized by Google

Abs. 4 RVO. durch die oberste Verwaltungsbehörde verliehen sind, oder die kraft Landesrecht als Angestellte der Krankenkassen Staats- oder Gemeindebeamte sind. Sie gilt ferner nicht für Angestellte, die nur auf Probe zu vorübergehender Dienstleistung oder zur Vorbereitung beschäftigt werden, sofern dies in der Dienstordnung nicht ausdrücklich bestimmt wird. Die Dienstordnung findet jedoch Anwendung auf die sogenannten Beamten der Krankenkassen, das sind Personen, die mit Genehmigung des Oberversicherungsamts auf Lebenszeit oder mit Anrecht auf Ruhegehalt angestellt sind, solange ihnen die Rechte und Pflichten der Staats- oder Gemeindebeamten nicht verliehen sind. In Preußen gibt es aber solche Kassenbeamte nicht mehr, da durch Erlaß vom 18. Februar 1914 (Ministerialblatt der Handels- und Gewerbeverwaltung S. 79) angeordnet wurde, daß allen so angestellten Personen die Rechte und Pflichten der gemeindlichen Beamten verliehen werden sollten. Die Verhältnisse der eigentlichen Kassenbeamten sind in der Reichsversicherungsordnung nicht näher geregelt. Für sie sind die Vorschriften des Beamtenrechts der einzelnen Bundesstaaten maßgebend, soweit nicht für die Kassenbeamten besondere Vorschriften erlassen sind. Zu erwähnen ist hier das Gesetz, betreffend die Dienstvergehen der Beamten der Orts-, Land- und Innungskrankenkassen, vom 11. Mai 1916 (GS. S. 96).

Die aus Mitteln der Kasse bezahlten Stellen der Angestellten, für welche die Dienstordnung gilt, werden nach § 349 RVO. durch übereinstimmende Beschlüsse der Vertreter der Arbeitgeber und der Vertreter der Versicherten vom Vorstande besetzt. Einigen sich die Gruppen nicht, so wird die Beschlußfassung auf einen anderen Tag anberaumt. Wird auch dann keine Einigung erzielt, so kann die Anstellung beschlossen werden, wenn mehr als zwei Drittel der Anwesenden, ohne Rücksicht darauf, ob es Arbeitgeber oder Versicherte sind, dafür stimmen; ein solcher Beschluß bedarf der Bestätigung durch den Vorsitzenden des Versicherungsamts. Sie darf nur auf Grund von Tatsachen versagt werden, die darauf schließen lassen, daß dem Vorgeschlagenen die erforderliche Zuverlässigkeit, insbesondere für eine unparteiische Wahrnehmung seiner Dienstgeschäfte, oder Fähigkeit fehlt. Die politische oder religiöse Gesinnung oder Betätigung an sich ist kein Grund für die Annahme der Unzuverlässigkeit, insbesondere auch nicht für die Annahme einer parteiischen Wahrnehmung der Dienstgeschäfte (Kommissions-

Digitized by Google

bericht zur RVO. 2. Teil S. 256). Wird die Bestätigung versagt, so entscheidet auf Beschwerde des Vorstandes die Beschlußkammer des Oberversicherungsamts endgültig. Kommt kein Anstellungsbeschluß zustande oder wird die Bestätigung endgültig versagt, so bestellt der Vorsitzende des Versicherungsamts auf Kosten der Kasse widerruflich die für die Geschäfte der Stelle erforderlichen Personen.

Alle Angestellte, die unter die Dienstordnung fallen, werden durch schriftlichen Vertrag angestellt (§ 354 Abs. 1 RVO.). Sein Inhalt ist, soweit er den Bestimmungen der Dienstordnung zuwiderläuft, nichtig (§ 357 Abs. 3 RVO.).

Die Kündigung und Entlassung der Angestellten, für welche die Dienstordnung gilt, darf, sofern es sich nicht um den Mißbrauch des Amtes zu religiösen oder politischen Zwecken handelt, nur auf übereinstimmenden Beschluß der Arbeitgeber und der Versicherten, kommt aber ein solcher Beschluß nicht zustande, nur auf Beschluß der Mehrheit im Vorstand unter Zustimmung des Vorsitzenden des Versicherungsamts, ausgesprochen werden (§ 354 Abs. 5 RVO.). Die Voraussetzungen, unter denen eine Kündigung oder Entlassung vorgenommen werden darf, sowie die Kündigungsfristen werden durch die Dienstordnung geregelt. Nach zehnjähriger Beschäftigung darf die Kündigung nur aus einem wichtigen Grunde stattfinden. Durch die Regelung des Kündigungsrechts darf der Angestellte nicht schlechter gestellt werden, als er mangels einer Vereinbarung nach bürgerlichem Rechte gestellt sein würde. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes darf die Kündigung nicht ausgeschlossen werden. Angestellte, die ihre dienstliche Stellung oder ihre Dienstgeschäfte zu einer religiösen oder politischen Betätigung mißbrauchen, hat nach § 354 Abs. 6 RVO. der Vorsitzende des Vorstandes zu verwarnen und im Wiederholungsfalle, nachdem ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben worden ist, sofort zu entlassen; die Entlassung bedarf der Genehmigung durch den Vorsitzenden des Versicherungsamts. Die Genehmigung wird nach freiem Ermessen erteilt. Macht der Vorstand oder sein Vorsitzender, obgleich ein wichtiger Grund vorliegt, von seinem Kündigungs- oder Entlassungsrechte keinen Gebrauch, so kann ihn der Vorsitzende des Versicherungsamts dazu anhalten. Auf Beschwerde entscheidet über die Anordnung die Beschlußkammer des Oberversicherungsamts endgültig (§ 357 Abs. 2 RVO.).

Digitized by Google

Über den Entwurf der Dienstordnung, die den vom Gesetze vorgeschriebenen Inhalt haben muß (§§ 352, 353 RVO.), beschließt nach Anhörung der volljährigen Angestellten sowohl der Vorstand als auch der Ausschuß im Wege der itio in partes. Die Dienstordnung bedarf der Genehmigung des Oberversicherungsamts, das die Dienstordnung erläßt, wenn ein Entwurf innerhalb der festgesetzten Frist nicht eingereicht wird (§§ 355, 356 RVO.). Beschlüsse des Vorstandes oder des Ausschusses, die gegen die Dienstordnung verstoßen, hat der Vorsitzende des Vorstandes durch Beschwerde an die Aufsichtsbehörde zu beanstanden (§ 357 Abs. 1 RVO.).

Für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnisse der Angestellten, die der Dienstordnung unterstehen, ist, soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, der ordentliche Rechtsweg nur in beschränktem Maße zugelassen, im übrigen aber ganz ausgeschlossen. Zuständig ist für Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur in erster Instanz der Beschlußausschuß des Versicherungsamts, in zweiter und letzter Instanz die Beschlußkammer des Oberversicherungsamts. In erster Linie handelt es sich um die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Entlassung oder Kündigung oder der Verhängung von Strafen. Bei vermögensrechtlichen Ansprüchen — Geldstrafen gehören dazu nicht — muß der Klage die auf Beschwerde ergangene Entscheidung des Oberversicherungsamts vorangehen. Die Klage ist nur binnen einer Notfrist von einem Monate zulässig (§ 358 RVO.).

XIV. Das Krankenversicherungsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung schrieb nichts weiter vor, als daß die Träger der Versicherung zur Gewährung freier ärztlicher Behandlung in Krankheitsfällen verpflichtet seien. Jede weitere Regelung darüber, daß die ärztliche Behandlung nur von approbierten Ärzten gewährt werden dürfe, und wie das Verhältnis der Kassen zu den Ärzten gestaltet werden könne, fehlte. Durch die Novelle vom 10. April 1892 wurden die Versicherungsträger ermächtigt, zu beschließen, daß die ärztliche Behandlung nur durch bestimmte Ärzte zu gewähren sei und die Bezahlung der durch die Inanspruchnahme anderer Ärzte entstandenen Kosten, von dringenden Fällen abgesehen, abgelehnt werden könne (§§ 6a Abs. 1 Nr. 6, 26a Abs. 2 Nr. 2b KVG.). Außerdem erhielt die höhere Verwaltungsbehörde

Digitized by Google

die Befugnis, über die Grenzen der den Kassenorganen obliegenden Verpflichtung hinaus eine den berechtigten Anforderungen der Versicherten entsprechende ärztliche Fürsorge endgültig anzuordnen (§ 56a KVG.). Die Frage, wieweit nicht approbierte Personen zur Gewährung der ärztlichen Hilfeleistung zugelassen werden durften, war streitig. Durch die Reichsversicherungsordnung ist zunächst der Begriff der ärztlichen Behandlung genau bestimmt worden. Nach § 122 RVO. muß diese durch approbierte Ärzte, bei Zahnkrankheiten auch durch approbierte Zahnärzte gewährt werden; dabei umfaßt sie Hilfeleistungen anderer Personen, wie Hebammen, Heildiener usw., sowie Zahntechniker nur dann, wenn der Arzt (Zahnarzt) dies anordnet, oder wenn in dringenden Fällen kein approbierter Arzt (Zahnarzt) zugezogen werden kann. Die oberste Verwaltungsbehörde kann bestimmen, wieweit auch sonst Hilfspersonen innerhalb der staatlich anerkannten Befugnisse selbständige Hilfe leisten können. Bei Zahnkrankheiten, mit Ausschluß der Mund- und Kieferkrankheiten, kann die Behandlung außer durch Zahnärzte mit Zustimmung des Versicherten auch durch Zahntechniker gewährt werden. Die oberste Verwaltungsbehörde bestimmt, wieweit auch sonst Zahntechniker bei solchen Zahnkrankheiten selbständig Hilfe leisten können (§ 123 RVO.), und wer als Zahntechniker anzusehen ist (vgl. Erlaß vom 2. Dezember 1913, Ministerial-Blatt der Handels- und Gewerbeverwaltung S. 638).

Im übrigen verbleibt es nach der Reichsversicherungsordnung hinsichtlich der Regelung der Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen im wesentlichen bei dem früheren Rechtszustande. Es ist den Krankenkassen überlassen, sich mit den Ärzten zu verständigen und die freie oder beschränkte Ärztewahl einzuführen oder Ärzte als Kassenärzte anzustellen. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten werden durch schriftlichen Vertrag geregelt; Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis entscheiden die ordentlichen Gerichte. Gegenüber dem Übergewichte der Ärzte ist den Krankenkassen allerdings ein Schutzmittel gegeben worden. Gelingt es der Krankenkasse nicht, einen Vertrag mit einer ausreichenden Anzahl von Ärzten zu schließen oder werden die Ärzte vertragsbrüchig, so daß eine Gefährdung der ärztlichen Versorgung der Kranken eintritt, so kann das Oberversicherungsamt die Krankenkasse ermächtigen, statt der Krankenpflege oder sonst erforderlichen ärztlichen Behandlung eine bare Leistung bis zu zwei Dritteln des Durchschnittsbetrags ihres

Digitized by Google

gesetzlichen Krankengeldes zu gewähren. Auch ohne Bestimmung der Satzung kann die Kasse, von dringenden Fällen abgesehen, die Bezahlung anderer Ärzte ablehnen (§ 368 RVO.). Das Oberversicherungsamt kann, wenn die ärztliche Versorgung den berechtigten Anforderungen der Erkrankten nicht genügt, eine Vermehrung der Ärzte anordnen und nötigenfalls selbst veranlassen (§§ 372, 373 RVO.).

Zur Vermeidung von Streitigkeiten zwischen Ärzten und Krankenkassen ist unter dem 23. Dezember 1913 für das Gebiet des Deutschen Reichs ein Abkommen zwischen den Ärzteverbänden und den Kassenverbänden abgeschlossen, das nebst Ausführungsvorschriften im Ministerialblatte der Handels- und Gewerbeverwaltung 1914 S. 85 ff. veröffentlicht ist.

XV. Die Aufsicht über die Gemeindekrankenversicherung führte die Aufsichtsbehörde der Gemeinde oder des Kommunalverbandes. Die Krankenkassen, mit Ausnahme der Innungskrankenkassen, wurden nach dem Krankenversicherungsgesetz unter Oberaufsicht der höheren Verwaltungsbehörde in Gemeinden mit mehr als zehntausend Einwohnern von den Gemeindevorständen, im übrigen von den von der Landeszentralbehörde bezeichneten Behörden beaufsichtigt (§ 44 KVG.). Die Aufsichtsbefugnis erschöpfte sich in der Überwachung der Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften und in der Erzwingung ihrer Befolgung durch Androhung, Festsetzung und Vollstreckung von Ordnungsstrafen. Zweckmäßigkeitserwägungen waren ausgeschlossen. Die Aufsichtsbehörde konnte von allen Verhandlungen, Büchern und Rechnungen Einsicht nehmen und die Kasse revidieren; sie konnte die Berufung der Kassenorgane zu Sitzungen verlangen und, falls diesem Verlangen nicht entsprochen wurde, die Sitzungen selbst anberaumen. In diesen Sitzungen führte sie dann den Vorsitz. Solange der Vorstand oder die Generalversammlung nicht zustande kam oder die Organe die Erfüllung ihrer gesetzlichen oder statutarischen Obliegenheiten verweigerten, konnte die Aufsichtsbehörde selbst die Befugnisse und Obliegenheiten der Kassenorgane wahrnehmen (§ 45 KVG.). Bis zur Novelle vom 25. Mai 1903 war gegen die Anordnungen der Aufsichtsbehörde nur die Beschwerde an die Oberaufsichtsbehörde und die weitere Beschwerde an die Landeszentralbehörde zugelassen. Durch dieses Gesetz wurde der Rekurs nach

Digitized by Google

Maßgabe der §§ 20, 21 Gewerbeordnung oder das Verwaltungsstreitverfahren eingeführt, sofern die Anfechtung darauf gestützt wurde, daß die getroffene Anordnung rechtlich nicht begründet sei und die Kasse oder das Vorstandsmitglied in einem Rechte verletze oder mit einer rechtlich nicht begründeten Verbindlichkeit belaste (§ 45 Abs. 6 KVG.). Die Aufsicht über die Innungskrankenkassen regelte sich nach dem § 96 Gewerbeordnung.

Nach der Reichsversicherungsordnung führt das Versicherungsamt die Aufsicht nach den im wesentlichen gleichen Grundsätzen (§§ 30—34 RVO.). Gegen seine Anordnungen ist das Beschwerdeverfahren (Oberversicherungsamt, Reichsversicherungsamt) zugelassen; in den Fällen, in denen bisher das Rekurs- oder Verwaltungsstreitverfahren vorgesehen war, entscheiden die Beschlußkammer und der Beschlußsenat (§ 377 Abs. 2 RVO.). Fortgefallen sind die Oberaufsichtsbehörden; auch ist die Aufsichtsbehörde nicht mehr befugt, dann, wenn die Wahlen zu den Kassenorganen nicht zustande kommen, die Mitglieder selbst zu ernennen (§ 379 RVO.). Neu ist dagegen die Befugnis zur Entscheidung von Streitigkeiten über Rechte und Pflichten der Organe und ihrer Mitglieder, über die Auslegung der Satzung und über die Gültigkeit der Wahlen (§ 33 RVO.). In dieser Allgemeinheit ergibt sich daraus ein Widerspruch mit anderen gesetzlichen Vorschriften.

XVI. Nach § 46 des Gesetzes, betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter, vom 15. Juni 1883 konnten alle oder mehrere Krankenkassen innerhalb des Bezirkes einer Aufsichtsbehörde einen Kassenverband bilden zum Zwecke der Anstellung eines gemeinsamen Rechnungs- und Kassenführers, der Abschließung gemeinsamer Verträge mit Ärzten, Apotheken und Krankenhäusern, sowie der Anlage und des Betriebs gemeinsamer Anstalten zur Heilung und Verpflegung erkrankter Mitglieder. Durch die Novelle vom 10. April 1892 wurden auch den Gemeindekrankenversicherungen die Bildung von Kassenverbänden und der Beitritt zu Kassenverbänden gestattet. Unter die Zwecke der Kassenverbände wurde sodann die gemeinsame Bestreitung der Krankenunterstützungskosten zu einem die Hälfte ihres Gesamteinkommens nicht übersteigenden Teile aufgenommen. Den Kassenverbänden wurde die Rechtsfähigkeit verliehen und den Mitgliedern der Kassenverbände die Verpflichtung zur Zahlung von Vorschüssen auferlegt

Digitized by Google

(§ 46 KVG.). Auch die Auflösung der Kassenverbände und der Austritt aus dem Verbande wurden geregelt (§ 46a KVG.).

Durch die Reichsversicherungsordnung sind keine wesentlichen Änderungen herbeigeführt worden. Die Verbandszwecke sind dahin erweitert, daß auch die Überwachung der Kranken nach einheitlichen Grundsätzen übernommen werden darf. Für die Satzung ist ein bestimmter Inhalt vorgeschrieben. Neben dem Vorstande kann jetzt ein Ausschuß gebildet werden. Für die Anstellung und Entlassung der Angestellten des Verbandes und für die Verleihung der Rechte und Pflichten des staatlichen oder gemeindlichen Beamten gelten die für die Kassenangestellten maßgebenden Vorschriften (§§ 406 bis 413 RVO.).

Neu ist die Bildung von Kassenvereinigungen, die den allgemeinen Zwecken der Krankenhilfe dienen und mit Genehmigung der obersten Verwaltungsbehörde auch Aufgaben der Kassenverbände übernehmen dürfen. Ihr Bezirk ist unbegrenzt. Kassenmittel dürfen nur mit Zustimmung beider Gruppen im Vorstande verwendet werden (§ 414 RVO.). Auch die Bildung von Sektionen für bestimmte Gruppen der Kassenmitglieder oder für bestimmte Bezirke, denen ein Teil, jedoch höchstens zwei Drittel, der Einnahmen und der Leistungen nach näherer Bestimmung der Satzung überwiesen werden kann, ist eine Neuerung der Reichsversicherungsordnung.

XVII. Die Entwicklung der Krankenversicherung hat mit der Reichsversicherungsordnung keineswegs ihren vorläufigen Abschluß gefunden, denn alles deutet darauf hin, daß unmittelbar nach Beendigung des Krieges an eine Reform der Krankenversicherungsgesetzgebung gegangen werden wird. Den unmittelbaren Anlaß hierzu bietet die Frage nach Beibehaltung der Kriegswochenhilfe, die während des Krieges durch die Bekanntmachungen des Reichskanzlers vom 3. Dezember 1914 (RGBl. S. 492), vom 28. Januar und 23. April 1915 (RGBl. S. 49, 257) eingeführt worden ist, und die (mit Ausnahme der Schwangerenfürsorge) in der Gewährung aller Leistungen besteht, die die Reichsversicherungsordnung bei der Wochenhilfe als Regel- oder Mehrleistungen vorgesehen hat. Die Beibehaltung dieser Wochenhilfe, die nur zum Teil von den Krankenkassen, in der Hauptsache aber auf Kosten des Reichs gewährt wird, wird im Hinblick auf die gewaltigen Menschenopfer, die der Krieg

Digitized by Google

bei seiner Heftigkeit und langen Zeitdauer fordert, mit steigendem Nachdrucke verlangt. Bei den beträchtlichen Mehrausgaben, die eine solche Erweiterung der Pflichtleistungen der Krankenkassen im Gefolge haben würde, bedarf die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen in ihrer jetzigen Gestalt einer sorgfältigen Prüfung, zumal bei der ungleichen Verteilung des weiblichen Elements auf die einzelnen Kassen und Kassenarten eine gleichmäßige Belastung der Arbeitgeber und Versicherten nicht eintreten würde.

Daneben hat sich schon gleich nach Inkrafttreten der Reichsversicherungsordnung die Undurchführbarkeit einzelner Neuerungen ergeben. In erster Linie gehören dahin die Vorschriften über die Krankenversicherung des Hausgewerbes, die durch § 3 des Gesetzes, betreffend die Sicherung der Leistungsfähigkeit der Krankenkassen, vom 4. August 1914 (RGBl. S. 337) bereits aufgehoben sind. An ihre Wiedereinführung kann nach den in der kurzen Zeit ihres Bestehens gemachten Erfahrungen nicht gedacht werden, zumal der weitaus überwiegende Teil des Hausgewerbes auf Grund des § 488 RVO. nach Bestimmungen von Ortsstatuten versichert war. Erhebliche Bedenken bestehen auch gegen die Durchführbarkeit der Versicherung der unständig Beschäftigten; sie scheint vorwiegend auf dem Papiere zu stehen. Auch sonst hat sich herausgestellt, daß die Fassung der Vorschriften zahllosen Zweifelsfragen Raum gibt; das gilt selbst hinsichtlich solcher Vorschriften, die ihrem Inhalte nach aus dem Krankenversicherungsgesetz übernommen sind, weil sie durch eine andere, von dem Bestreben nach einer tunlichst richtigen deutschen Sprache getragenen Fassung unbeabsichtigt einen anderen Sinn erhalten haben. Da die Regelung der Krankenversicherung bei der Vielgestaltigkeit der Lebensbedingungen und Erwerbsverhältnisse allgemein für die schwierigste gesetzgeberische Aufgabe gehalten wird, so wird auch die Weiterentwicklung der Gesetzgebung vielen Schwierigkeiten begegnen.

Digitized by Google

XI.

Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben in ihrer Einwirkung auf die Zulässigkeit des Rechtswegs sowie Aufrechnung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander.

Von Herrn Rechtsanwalt Dr. Eugen Josef in Freiburg i. Br.

I. Dem Urteile des Bundesamts für das Heimatswesen vom 16. Mai 1903 (Entsch. Bd. 35 S. 84) liegt, soweit er hier in Betracht kommt, folgender Sachverhalt zugrunde: Der klagende Armenverband hatte gegen den beklagten Armenverband einen Anspruch auf Erstattung von 1806 ℳ verauslagte Armenpflegekosten geltend gemacht; hiergegen hatte der beklagte Verband die Einrede erhoben: es stehe ihm gegen den Kläger ein gleich hoher Betrag zu, den er dem Kläger irrtümlich erstattet habe und daher vom Kläger zurückfordern könne; diesen Anspruch hatte der Beklagte bereits vor Beginn des Streitverfahrens zur Aufrechnung gestellt. Der erste Richter hatte diesen Rechtsbehelf für unbeachtlich erklärt, weil seine sachliche Zuständigkeit gesetzlich auf Streitigkeiten zwischen Armenverbänden über die öffentliche Unterstützung Hilfsbedürftiger eingeschränkt sei, während die Erstattungsforderung des Beklagten privatrechtliche, nicht auf Grund des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz erfolgte Zahlungen betreffe. Das Bundesamt mißbilligte diese Auffassung, indem es ausführt: Sei ein Schuldverhältnis zwischen zwei Armenverbänden erloschen, so könne der bisherige Gläubiger auch nicht mehr im Streitverfahren die früher geschuldete Leistung verlangen. Dies gelte nicht nur für den Fall, daß diese

Digitized by Google

Leistung an den Gläubiger bewirkt ist, sondern auch für den Fall, daß der Gläubiger in Höhe seiner Schuld eine Gegenforderung aufgerechnet hatte, und daß hierdurch ein Erlöschen der Forderung herbeigeführt ist. Für den Richter im Zivilprozesse sei der Umstand, daß die Entscheidung des Rechtsstreits von dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses abhängt, das von einer Verwaltungsbehörde festzustellen ist, kein Hindernis für seine Entscheidung hierüber, sondern berechtige ihn nur zur Aussetzung der Verhandlung bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde (§ 148 ZPO.). Ebenso sei auch umgekehrt der Verwaltungsrichter, dessen sachliche Zuständigkeit auf Rechtsstreitigkeiten einer bestimmten Art beschränkt ist, nicht gehindert, bei seiner Entscheidung in einer Rechtsstreitigkeit, zu der er nach Maßgabe des in der Klage erhobenen Anspruchs gesetzlich berufen ist, das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechtsverhältnissen festzustellen, von denen seine Entscheidung abhängt, obwohl diese Feststellung, wenn sie mittels einer Klage oder Widerklage verlangt werden würde, nicht zu seiner Zuständigkeit, sondern zu der der ordentlichen Gerichte gehören würde. Die Entscheidung darüber, ob die in der Klage geltend gemachte Forderung des Klägers, deren Entstehung unstreitig war, noch bestehe oder bereits erloschen sei, hänge davon ab, ob die Gegenforderung des Beklagten zu Recht bestanden habe. Das Verwaltungsgericht dürfe daher auch diese Feststellung selbst treffen. Allerdings sei der Vorderrichter und ebenso auch das Bundesamt berechtigt gewesen, in analoger Anwendung des § 148 ZPO. seine Entscheidung auszusetzen und dem Beklagten eine Frist für den Nachweis der Erhebung einer Klage im Zivilprozesse zu bestimmen. Vorliegend sei indes hierzu kein Anlaß gewesen, da die Feststellung des Rechtsverhältnisses, wenn es auch dem Privatrecht angehöre, im wesentlichen von der Entscheidung über die Anwendbarkeit von Vorschriften des Reichsgesetzes über den Unterstützungswohnsitz abhänge. Hier sei nun festgestellt, daß dem Beklagten gegen den Kläger eine Forderung von 800 ℳ bei Fälligkeit der eingeklagten Forderung zugestanden habe; daher sei in dieser Höhe die Aufrechnung begründet und die Forderung des Klägers erloschen.

Dieser Entscheidung des Bundesrats ist im Ergebnisse durchaus beizustimmen, und sie bedurfte gar nicht der so eingehenden Begründung. Ist einem Gerichte die Entscheidung über den Streit der Armenverbände betreffs der Erstattungspflicht übertragen, so muß

Digitized by Google

dieses Gericht auch darüber entscheiden: ob Tatsachen vorliegen, durch die der entstandene Anspruch beseitigt ist, z. B. ob eine vom Beklagten geleistete Zahlung das Erlöschen des Schuldverhältnisses herbeiführte (so, wenn der beklagte Verband an einen angeblichen Vertreter des klagenden Verbandes geleistet hat, § 362 Abs. 2, oder wenn dieser aus mehreren Schuldverhältnissen gegen jenen Ansprüche hatte, § 366), oder ob der eingeklagte Anspruch durch Vergleich oder dadurch getilgt war, daß der beklagte Verband eine ihm gegen den Kläger zustehende Gegenforderung gegen den Klageanspruch aufgerechnet hat; in letzterem Falle muß das Gericht das Bestehen der Gegenforderung ermitteln, die ein Erstattungsanspruch aus einem anderen Unterstützungsfalle sein kann, ebenso aber auch eine Forderung aus einem Miet- oder Kaufvertrage, der zwischen den streitenden Armenverbänden geschlossen war.

II. Diese Erörterungen sind von Wichtigkeit für den im Urteile des VII. Zivilsenats des Reichsgerichts vom 21. November 1911 (Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen Bd. 77 S. 411, Recht 1912 Nr. 288) behandelten Fall, der zu mehrfachen Erörterungen geführt hat, so von Hartmann in der Deutschen Juristen-Zeitung 1912 S. 1519, von mir im Verwaltungsarchive Bd. 22 S. 369 und neuerdings wiederum von Hartmann in Leipziger Zeitschrift Bd. 9 S. 1295. Der Sachverhalt, der hier zum besseren Verständnisse mitgeteilt werden muß, ist folgender:

Die klagende Grundstückseigentümerin hatte wegen der Forderungen der beklagten Stadtgemeinde für Entnahme von Wasser und elektrischer Kraft aus den städtischen Leitungen der Beklagten eine Sicherheit dahin bestellt, daß sie bei der Stadtsparkasse 1077 ℳ einzahlte und das Sparkassenbuch bei der Stadthauptkasse niederlegte. Nachdem die Klägerin das Grundstück veräußert hatte, übersandte ihr die Beklagte 252,35 ℳ mit dem Bemerken, dies sei der Rest der geleisteten Sicherheit, von der die Beklagte 840,87 ℳ Gebäudesteuer, die ihr die Klägerin noch geschuldet habe, abgezogen habe. Gegen die auf Auszahlung des einbehaltenen Betrags gerichtete Klage machte die Beklagte geltend, der Rechtsweg sei unzulässig. Das Reichsgericht erklärte diese Einrede für unbegründet: Die Klägerin, die durch Einzahlung einer Geldsumme und Niederlegung des Sparkassenbuchs der Beklagten eine Sicherheit bestellt hatte, fordere hier nach Erledigung des Rechtsverhältnisses Herauszah-

Digitized by Google

lung; insoweit liege lediglich eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit vor, dies nach dem rechtlichen Charakter der bestellten Sicherheit. Die Beklagte leite das Gegenteil her aus dem rechtlichen Charakter der behaupteten Gebäudesteuerforderung, und es lasse sich keineswegs sagen, daß für die Frage nach der Zulässigkeit des Rechtswegs grundsätzlich nur das Klagevorbringen maßgebend sei, sondern es seien Fälle denkbar, wo das Klagevorbringen die privatrechtliche Natur des erhobenen Anspruchs scheinbar außer Zweifel lasse und erst das Vorbringen des Beklagten das Vorliegen eines dem ordentlichen Rechtsweg entzogenen Anspruchs aus dem Gebiete des öffentlichen Rechtes ergebe. Immer aber bleibe dabei die Natur des Klageanspruchs maßgebend; ergebe sich aus dieser die Zulässigkeit des Rechtswegs, so bleibe dieser zulässig, auch wenn der Beklagte eine Gegenforderung aus einem mit dem Klageanspruch an sich in keinerlei Zusammenhange stehenden Verhältnis öffentlich-rechtlicher Art in den Streitstoff einführe. Danach sei vorliegend der Rechtsweg zulässig und § 148 ZPO. anwendbar, wonach das Gericht die Sache bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts über das Bestehen der Steuerforderung aussetzen könne. Mache es von dieser Befugnis keinen Gebrauch und verneine es die Steuerforderung oder die Aufrechnungsbefugnis, so sei die Beklagte allerdings zur Zahlung zu verurteilen; jedoch werde hierdurch nicht berührt ihr Recht, die Forderung im Verwaltungszwangsverfahren von der Klägerin beizutreiben. Die endgültige Entscheidung über das bestrittene Bestehen der Gebäudesteuerschuld verbleibe also gemäß den gesetzlichen Vorschriften den Verwaltungsgerichten und könne daher diesen durch die vorliegende Klage nicht entzogen werden; danach sei für den Klageanspruch der Rechtsweg zulässig.

III. Es fragt sich zunächst: welchen Einfluß auf die Zulässigkeit des Rechtswegs die Tatsache hat, daß die Beklagte mit dem Sparkassenbuche vertragswidrig, also eigenmächtig verfahren hatte. Denn die Klägerin hatte der Beklagten die Sicherheit bestellt wegen ihrer Forderung für Entnahme von Wasser und elektrischer Kraft; die Beklagte aber hatte Forderungen der eben bezeichneten Art nicht, sondern eine Forderung an Gebäudesteuer, und wegen dieser Forderung hatte sie sich aus dem Sparkassenbuche bezahlt gemacht, obwohl hierfür ihr das Sparkassenbuch gar nicht verpfändet war.

Digitized by Google

Hartmann in Leipziger Zeitschrift Bd. 9 S. 1296 und 1297 führt hierüber aus: Die „Beitreibung" der Steuer durch Abhebung der geschuldeten Summe sei nicht rechtswidrig gewesen. Da die Steuerforderung fällig war und die Klägerin die Zahlung verweigerte, so habe die beklagte Gemeinde die Steuer zwangsweise beitreiben können. Es sei nicht erfindlich, weshalb die Zwangsvollstreckung in das Sparkassenbuch, das doch als ein Vermögensstück des Schuldners dem Zugriffe der Gläubigerin unterlag, unzulässig sein sollte. Daß er für eine andere (später getilgte) Schuld verpfändet war, sei nicht von Belang.

Dem ist nicht beizutreten. Der § 78 II 14 ALR. bestimmte:

> Über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner Anlagen, denen sämtliche Einwohner des Staates . . . unterworfen sind, findet kein Prozeß statt.

Zu jenen „allgemeinen Anlagen" wurden auch die Kommunalabgaben gerechnet. Demnächst erging die Verordnung wegen „exekutivischer Beitreibung" der direkten und indirekten Steuern und anderer öffentlicher Abgaben und Gefälle vom 30. Juli 1853 (GS. S. 209); diese kannte in § 10 als gesetzliche Zwangsmittel die Pfändung, die Beschlagnahme der Früchte auf dem Halme, die Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen, die Sequestration und die Subhastation. Die Ausführung dieser gesetzlichen Zwangsmittel, insbesondere auch die Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen erfolgte durchaus in Anlehnung an das damalige Prozeßrecht. Auch alle späteren Verordnungen behielten diese Regelung bei, so besonders auch die Verordnung, betreffend das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen, vom 15. November 1899 (GS. S. 545), nach deren § 17 die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung erfolgt, und nach deren § 36, wenn eine Geldforderung gepfändet werden soll, die Vollstreckungsbehörde durch schriftliche Verfügung dem Drittschuldner zu verbieten hat, an den Schuldner Zahlung zu leisten. In dem hier besprochenen Falle stand nun der Klägerin (Abgabenschuldnerin der Beklagten) eine Geldforderung gegen die Sparkasse zu; eine Zwangsvollstreckung in das Sparkassenbuch, die Hartmann a. a. O. als erfolgt ansieht, ist etwas juristisch Unmögliches, da das Sparkassenbuch nicht als Sache gepfändet werden kann, sondern nur die durch das Sparkassenbuch

Digitized by Google

beurkundete Forderung[1]). Zudem war übrigens auch gar nicht einmal das Buch gepfändet, sondern die Beklagte hatte die Tatsache, daß sie sich im Besitze des Buches befand, ausgenutzt, um auf das Buch (ein Legitimationspapier im Sinne des § 808 BGB.) die von ihr beanspruchte Summe zu erheben. Eine „Beitreibung", wie Hartmann sie als erfolgt ansieht, war also nicht erfolgt. Wenn ich mein Sparkassenbuch (richtiger: die durch dieses beurkundete Forderung) dem X. für eine Wechselschuld verpfände und er den Besitz des Buches ausnutzt, um sich auch wegen einer ihm gegen mich zustehenden Mietforderung zu befriedigen, so ist diese Verfügung zweifellos rechtswidrig. Und ebenso handelte die beklagte Stadtgemeinde rechtswidrig, wenn sie unter Überschreitung der ihr durch den Verpfändungsvertrag erteilten Befugnisse den Besitz des Buches dazu ausnutzte, um sich wegen einer anderen Forderung zu befriedigen. Das war keine Beitreibung, keine Zwangsvollstreckung. Ein rechtsähnlicher Fall ist folgender: Der Vorsteher einer Dorfgemeinde betreibt das Schmiedehandwerk, und ich habe ihm meinen Wagen zur Ausbesserung gegeben; da ich nun mit Abgaben im Rückstande bin, so verweigert der Ortsvorsteher die Herausgabe des Wagens oder verkauft ihn gar freihändig und führt den Erlös an die Gemeindekasse ab zur Berichtigung meiner Abgabenschuld. Hier ist meine Klage gegen die Dorfgemeinde auf Herausgabe des Wagens oder auf Auszahlung des Erlöses prima facie begründet. Der Dorfgemeinde stand wohl die Zwangsvollstreckung in meinen Wagen zu, die der Vollziehungsbeamte durch Pfändung des Wagens und demnächstige Versteigerung hätte ausführen können; dagegen war es eine Ungesetzlichkeit, wenn die Gemeinde in Abweichung von den gesetzlichen Beitreibungsmitteln sich bezahlt machte. Es ist nicht erfindlich, wie Hartmann eine Befriedigung durch Eigenmacht, durch ungesetzliche Handlungsweise gleichstellen kann einer Zwangsvollstreckung, einer zwangsweisen Beitreibung; das „effektive Sichbezahltmachen", wie Hartmann es in Leipziger Zeitschrift Bd. 9 S. 1296 zutreffend nennt, ist gerade das Gegenteil der gesetzlich geordneten Beitreibung. Der Weg, auf dem die Beklagte in gesetzlicher Weise ihr Ziel der Beitreibung der Gebäudesteuerforderung erreichen konnte, war also die Forderungspfändung. Wenn die Beklagte dieser durch eine gesetzliche Beitreibung entstehenden

[1]) Ausführliche Rechtsprechungsweise bei Gaupp-Stein (11) Anm. 16 zu § 821 ZPO.

Digitized by Google

Rechtslage sich dadurch entzog, daß sie eigenmächtig, unter Verletzung der ihr durch den Verpfändungsvertrag gezogenen Schranken, Geld von der Sparkasse abhob, so war dies, wie schon erwähnt, das Gegenteil von „Beitreibung".

IV. Der Anspruch der Klägerin stützte sich danach in jenem vom Reichsgericht entschiedenen Falle lediglich auf ein privatrechtliches Geschehnis, nämlich auf die von der Beklagten betätigte unbefugte Abhebung des Sparkassengeldes. Diese Handlungsweise der Beklagten stellt nun zunächst eine Verletzung der ihr aus dem Verpfändungsvertrag entstandenen Vertragspflichten dar, die die Beklagte nach den Grundsätzen des Vertragsrechts zum Schadensersatz, also zur Erstattung des zu Unrecht abgehobenen Betrags verpflichtete. Nun räumt aber das Gesetz dem Besitzer eines Sparkassenbuchs, als eines Legitimationspapiers, im Interesse des Schuldners eine Verfügungsbefugnis ein, die ihn in den Stand setzt, das Erlöschen des Forderungsverhältnisses herbeizuführen; daher stellt eine solche widerrechtliche Verfügung des Buchbesitzers nach einer neuerdings aufgekommenen, weit verbreiteten Ansicht [2]) sich dar als Verletzung eines Rechtes im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB., also als eine unerlaubte Handlung, und zwar (da die Beklagte sich ihrer mangelnden Verfügungsbefugnis bewußt war) als eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung. Dann war aber in dem vom Reichsgericht entschiedenen Falle die Verurteilung der Beklagten ohne jede weitere Erörterung geboten, weil nach § 393 BGB. gegen den Schadensersatzanspruch der Klägerin eine Aufrechnung mit der Gebäudesteuerforderung unzulässig war.

Aber auch, wenn man eine bloße Verletzung von Vertragsrechten als vorliegend annimmt, stützte sich der eingeklagte Anspruch immer lediglich auf ein privatrechtliches Geschehnis, nämlich auf die von der Beklagten betätigte unbefugte Abhebung des Sparkassengeldes. Ist dies aber richtig, so erledigen sich hiermit die Ausführungen Hartmanns, der in den beiden angezogenen Abhandlungen den Rechtsweg für unzulässig erachtet und besonders in der Leipziger Zeitschrift Bd. 9 S. 1296 ausführt: Gegenstand des

[2]) So Planck, Hellwig, Crome, Enneccerus-Lehmann, Kohler. Näheres über diese hier nicht näher zu erörternde Frage bei Goldmann in Gruchots Beiträgen Bd. 54 S. 56 und bei Ebbecke im Recht Bd. 13 S. 334.

Digitized by Google

Streites sei lediglich die Frage, ob die Steuerschuld tatsächlich bestanden habe und der Abzug demnach berechtigt gewesen sei; in Wahrheit sei also diese Frage keine Vorfrage mehr, über die die Gerichte incidenter mitzuentscheiden hätten, sondern vielmehr die Hauptfrage. Dann sei aber auch die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtswegs begründet. — Sollte aber doch ein Fall der Aufrechnung vorliegen, so hätte die von der beklagten Gemeinde geltend gemachte Steuerforderung als zur Aufrechnung ungeeignet zurückgewiesen werden müssen, weil es unzulässig sei, privatrechtliche Ansprüche gegen öffentlichrechtliche und umgekehrt öffentlichrechtliche Ansprüche gegen privatrechtliche aufzurechnen, da es sich hier nicht um gleichwertige Ansprüche handle. Die vorbehaltlose Übertragung privatrechtlicher Normen auf öffentlichrechtliche Verhältnisse sei äußerst bedenklich, und eine analoge Anwendung höchstens da zulässig, wo das für das Zivilrecht maßgebend gewesene Grundverhältnis der Gleichheit der beteiligten Rechtssubjekte gegeben ist. Handle es sich dagegen um Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen und der übergeordneten öffentlichen Gewalt, so sei das auf die Ausgleichung gleichberechtigter Einzelinteressen zugeschnittene Zivilrecht regelmäßig nicht anwendbar. Aus diesem Grunde sei die Aufrechnung privatrechtlicher Forderungen gegen öffentlichrechtliche nicht zulässig, weil die Forderungen, selbst wenn sie gleichartig sind, doch keineswegs gleichwertig seien. —

Es fragt sich, inwieweit diesen Ausführungen Hartmanns beizustimmen ist; dabei sei zunächst die Frage der Aufrechenbarkeit privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Ansprüche miteinander erörtert.

Gesetzliche Bestimmungen hierüber gibt es nicht, und man kann Hartmann ohne weiteres zugeben, daß die vorbehaltlose Übertragung privatrechtlicher Normen auf öffentlichrechtliche Verhältnisse äußerst bedenklich ist; aber es ist nicht zu bestreiten, daß Rechtsprechung und Rechtslehre zu einer solchen — wohl erwogenen — Übertragung sehr neigen. Die Rechtseinrichtung der Analogie hat, wie in Rechtsprechung und Rechtslehre anerkannt, gerade in Ergänzung des mehr oder minder lückenhaften öffentlichen Rechtes durch hilfsweise Anwendung der auf dem Gebiete des Privatrechts ausgebildeten Rechtsbegriffe und Normen eine der wichtigsten Aufgaben So RGZ. Bd. 69 S. 391 und RG. im ZblFG. Bd. 13 S. 804: Nicht bloß auf dem Gebiete des Privatrechts, sondern auch

Digitized by Google

auf dem des öffentlichen Rechtes sind die Erklärungen des Willensunfähigen nichtig, so z. B. das Entlassungsgesuch des Beamten, die Erklärung der Amtsniederlegung seitens des Geistlichen. Ferner RG. Bd. 83 S. 429: Ein Verwaltungsakt, durch den die Anstellung eines Beamten im Staats- oder Gemeindedienste verfügt wird, kann wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung angefochten werden; es sind also betreffs der Wirkung von Willensmängeln die auf dem insoweit rechtsähnlichen Gebiete des bürgerlichen Vertragsrechts bestehenden Bestimmungen anzuwenden, also sinngemäß, entsprechend zur Anwendung zu bringen[3]). — Als eine öffentlichrechtliche negotiorum gestio behandeln die Gesetzgebung und die Praxis den Fall, wo ein Mitglied eines öffentlichen Verbandes eine dem Verbandszwecke dienende Leistung vornimmt, zu der ein anderes Glied nach öffentlichem Rechte verbunden wäre, sowie den Fall, wenn ein öffentlicher Verband ohne rechtliche Verpflichtung einen öffentlichen Zwecken dienenden Aufwand bestreitet, dessen Leistung einem andern öffentlichen Verband obgelegen hätte. Das Reichsgericht wendet die Grundsätze der privatrechtlichen Geschäftsführung ohne weiteres und unverändert auf solche Fälle an, wo es sich um die Regelung der Kostenerstattungspflicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechtes handelt. Unter diesem Gesichtspunkte hat das Reichsgericht (Bd. 77 S. 194) z. B. einen Streit zwischen dem preußischen Fiskus und der Stadtgemeinde Stettin über die Verteilung der für die Einrichtung und Unterhaltung einer von den Parteien im orts- und landespolizeilichen Interesse gemeinschaftlich errichteten Cholerastation aufgewendeten Kosten behandelt, sowie ferner (Bd. 75 S. 276) einen Streit zwischen einer Stadtgemeinde und einem Provinzialverband über den Ersatz von Kosten, die nach Eintritt der Rechtskraft des eine Fürsorgeerziehung anordnenden Beschlusses durch Unterhalt des Fürsorgezöglinges erwachsen waren. — Vgl. weiter RG. Bd. 86 S. 268 und 270: Aus der öffentlichrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses, dem die Gehaltsansprüche des Staatsbeamten entspringen, folgt nicht schlechthin die Unanwendbarkeit der privatrechtlichen Vorschriften über den Verzicht auf jene Ansprüche und über deren privatrechtliche Regelung; und da das bürgerliche Recht hinsichtlich der Formvorschriften zwischen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Abmachungen

[3]) Vgl. aber gegen diese Ansicht auch Hartmann in Juristische Wochenschrift Bd. 15 S. 120.

Digitized by Google

nicht unterscheidet, so sind jene Vorschriften auch auf öffentlichrechtliche Verhältnisse anwendbar. — Und endlich ist nach der in Rechtsprechung und Rechtslehre übereinstimmenden Ansicht[4]) die Genehmigung des Vormundschaftsrichters, obwohl sie eine obrigkeitliche Handlung ist, hinsichtlich ihrer Anfechtbarkeit wegen Willensmängel ebenso zu behandeln wie die — privatrechtlichen — Erklärungen des Vormundes und des Gegenvormundes.

Wie gerade der Begründer der „juristischen" Schule des Verwaltungsrechts, O. Mayer, mit aller Schärfe betont hat, muß an dem prinzipiellen Unterschiede zwischen dem öffentlichen und dem Zivilrechte festgehalten werden. Deshalb hat auch der schärfste jüngere Vertreter diese Schule, Kormann[5]), die Forderung grundsätzlicher Vorsicht bei analoger Anwendung zivilrechtlicher Normen auf das Verwaltungsrecht aufgestellt. Dennoch neigen, wie oben nachgewiesen, Rechtsprechung und Rechtslehre in hohem Maße zu einer mittelbaren oder auch direkten Anwendung der Vorschriften des Privatrechts auf Rechtsverhältnisse des öffentlichen Rechtes; und das gilt auch für die hier besprochene Frage nach der Aufrechenbarkeit öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Ansprüche gegeneinander. In dem oben zu II mitgeteilten Urteile vom 21. November 1911 geht das Reichsgericht danach als selbstverständlich stillschweigend davon aus, daß gegen eine privatrechtliche Forderung eine öffentlichrechtliche Forderung aufgerechnet werden könne, indem es der beklagten Gemeinde gestattet, gegen den privatrechtlichen Anspruch mit einer Gebäudesteuerschuld der Klägerin aufzurechnen. Ebenso bemerkt das Reichsgericht im Urteile vom 9. November 1912 (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 80 S. 372; Juristische Wochenschrift Bd. 13 S. 131): es könne gegen einen vor die ordentlichen Gerichte gehörenden privatrechtlichen Anspruch eine Gegenforderung entgegengestellt werden, die an sich dem öffentlichen Rechtsgebiet angehört, und über die danach Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte zu entscheiden haben.

Die gleiche Rechtsauffassung findet sich auch bereits in dem Urteile des Reichsgerichts vom 28. Dezember 1900 (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 47 S. 330). Hier hatte die Klägerin gegen den preußischen Fiskus zu Unrecht erhobene Erbschaftssteuer ein-

[4]) Näheres bei Josef in Seuff. Bl. Bd. 77 S. 315.

[5]) Kormann, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (1910) S. 11.

Digitized by Google

geklagt, worauf der beklagte Fiskus einen gegen die Klägerin ihm zustehenden Stempelsteueranspruch aufrechnungsweise geltend machte. Das Reichsgericht spricht hier aus: Ein durchschlagender Grund, weshalb es dem Fiskus versagt sein sollte, diese ihm gegenüber bestehende Verpflichtung im Wege der Aufrechnung zur Anerkennung und Geltung zu bringen, sei nicht ersichtlich. Ebensowenig lasse sich daraus, daß dem Fiskus zur Herbeiführung der zwangsweisen Zahlung der Stempelsteuer das Verwaltungszwangsverfahren zu Gebote stehe, etwas gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung entnehmen. Dies müsse um so mehr gelten, als das Stempelgesetz die Frage der Stempelpflicht der Entscheidung der Gerichte zu unterbreiten gestatte. — Der Unterschied der drei vom Reichsgericht entschiedenen Fälle ist nun folgender: Während in den beiden ersterwähnten Fällen gegen den privatrechtlichen Anspruch des Klägers die Beklagten einen Anspruch aus dem öffentlichen Rechtsgebiet aufrechneten, stellte im letzterwähnten Falle der beklagte Fiskus einen ihm gegen den Kläger zustehenden Stempelsteueranspruch zur Aufrechnung gegen die Forderung des Klägers auf Rückzahlung zu Unrecht erhobener Erbschaftssteuer, so daß hier beide Ansprüche dem öffentlichen Rechtsgebiet angehörten. In beiden Urteilen geht aber das Reichsgericht als selbstverständlich stillschweigend davon aus, daß der Fiskus oder die Gemeinde ihre dem öffentlichen Rechtsgebiet angehörenden Forderungen zur Aufrechnung stellen können, diese also nach den Vorschriften des materiellen Rechtes zulässig sei. — Ebenso auch Oberlandesgericht Colmar (Rechtsprechung Bd. 28 S. 89; Recht Bd. 13 N. 327): Für den Kläger war bei der staatlichen Hinterlegungsstelle ein Betrag hinterlegt, dessen Auszahlung der Kläger verlangte; der beklagte Fiskus rechnete hiergegen eine ihm gegen den Kläger zustehende Gerichtskostenforderung auf. Das Oberlandesgericht erachtete das durch die öffentliche Hinterlegung begründete Rechtsverhältnis als dem § 688 BGB. unterworfen, nahm aber weiter an, daß eine Aufrechnung gegen die Forderung aus dem Hinterlegungsvertrage *nach dessen besonderer Natur* hier ausgeschlossen sei, weil der Kläger nach Treu und Glauben erwarten dürfe, die geschuldete Geldsumme in bar unter Ausschluß der Aufrechnung zu erhalten. Also nur „aus der besonderen Natur" des Schuldverhältnisses leitete das Oberlandesgericht die Unzulässigkeit der Aufrechnung mit Gerichtskosten her; es geht also stillschweigend und als selbstverständlich davon aus, daß *an*

Digitized by Google

sich auch gegen die Forderung aus dem Hinterlegungsvertrage dem Fiskus (Verwahrer) die Einrede der Aufrechnung mit Gerichtskosten — also mit einer öffentlichrechtlichen Forderung — zustehen würde.

Und diese in der Rechtsprechung danach feststehende Ansicht erscheint wohl begründet. Denn nach § 387 BGB. kann, wenn zwei Personen einander Leistungen verschulden, die fällig und ihrem Gegenstande nach gleichartig sind, jeder Teil seine Forderung gegen die des anderen aufrechnen. Der Rechtsbehelf der Aufrechnung beruht auf dem Grundsatze der lex 8 pr. Dig. de doli mali exc. 44, 3: dolo facit, qui petit, quod redditurus est, sowie auf der Erwägung, daß ein Austausch von Zahlungen vermieden werden soll, wenn er eine wirtschaftliche Änderung nicht herbeiführt. Diese rechtspolitischen Gründe haben auch für die Frage Gültigkeit, ob gegen Ansprüche aus dem öffentlichen Rechtsgebiete die Aufrechnung zulässig ist. Die Frage ist also grundsätzlich zu bejahen, obwohl eine ausdrückliche Bestimmung hierüber nicht besteht.

V. Die Merkzeichen der „übergeordneten öffentlichen Gewalt" und der „Gleichwertigkeit", die Hartmann hervorhebt, könnten hiergegen ausschlaggebend nur sein, wenn sie geeignet wären, ein öffentliches Interesse gegen die Aufrechenbarkeit zu erweisen, wie es z. B. Tezner im Archiv für öffentliches Recht Bd. 9 S. 520 [6]) behauptet, der ausführt: Öffentliche Pflichten zur Geldzahlung seien so absolut hingestellt, daß sich kein Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung eines von ihnen verschiedenen Rechtsverhältnisses finde; auch vertrage sich das Interesse an der sicheren Erreichung bestimmter Verwaltungszwecke nicht mit der Verquickung eines Anspruchs auf Leistungen für diese Zwecke durch Zulassung von Einwendungen, die aus anderen Rechtsverhältnissen entnommen sind. — Allein diese Erwägungen hätten dem Bürgerlichen Gesetzbuche vielleicht Anlaß geben können, gegen Steuerforderungen und ähnliche Ansprüche die Aufrechnung durch Sondervorschrift auszuschließen; da dies indes nicht geschehen, ist die Aufrechnung zulässig. Hierbei sei aber gegen Hartmann nochmals auf folgendes hingewiesen: Nach einzelnen Landesgesetzen ist eine Aufrechnung gegen Steuerforderungen oder gegen andere

[6]) Ebenso Fleiner, Institutionen des Verwaltungsrechts (2) 378, indes ohne nähere Begründung.

Digitized by Google

öffentlichrechtliche Forderungen verboten. Hartmann erachtet diese Vorschriften als durch das Bürgerliche Gesetzbuch aufgehoben, weil die Zulassung der Aufrechnung einer privatrechtlichen Forderung gegen eine öffentlichrechtliche gleichzeitig auch den Bestand der privatrechtlichen Forderung berühre und daher in das Geltungsgebiet des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingreife. — In der Rechtsprechung ist aber die entgegengesetzte Ansicht durchgedrungen, nämlich, daß jene Vorschriften der Landesgesetze vielmehr öffentlichrechtlichen Charakters seien; denn sie beträfen die Art der Steuererhebung, der Einziehung öffentlicher Gefälle, so daß sie keineswegs in Widerspruche ständen mit dem Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Art. 55 EG., wonach die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze außer Kraft treten. Jene landesgesetzlichen Vorschriften seien also gültig; es bestehe z. B. noch jetzt der Rechtssatz des Gemeinen Rechtes (l. 46 Dig. de jure fisci 49, 14), daß die Aufrechnung gegenüber fiskalischen Steuerforderungen nicht zulässig ist. So Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg im Recht 1908 Nr. 1516 und Entscheidung des Reichsgerichts ebenda 1909 Nr. 998. Ob diese Ansicht des Reichsgerichts ganz unanfechtbar ist, bedarf für die Zwecke der vorliegenden Abhandlung keiner Entscheidung; ist die Ansicht des Reichsgerichts richtig, so ist, wie gegen Hartmann anzunehmen, auch die Landesgesetzgebung zum Erlasse neuer diesbezüglicher — dem Gebiete der Steuererhebung angehörender — Vorschriften zuständig.

VI. Hätte in dem oben zu II mitgeteilten Falle die Stadtgemeinde ihre Steuerforderung zwangsweise beigetrieben, hätte sie also die der Klägerin gegen die Sparkasse zustehende Forderung gepfändet, und hätte Klägerin dann die Unbegründetheit der Steuerforderung und hiermit die Unzulässigkeit der Pfändung durch Klage beim ordentlichen Gerichte geltend gemacht, so wäre der Rechtsweg unzulässig gewesen. Allein die Beklagte hatte in unserem Falle ihre Steuerforderung nicht im geordeten Zwangsverwaltungsverfahren beigetrieben, sondern sie hatte sich, wie oben zu III gezeigt, vertragswidrig, danach widerrechtlich und ungesetzlich in den Besitz des Sparkassengeldes gesetzt, also einen unberechtigten Eingriff in das Rechtsgut der Klägerin begangen, und es fragt sich, ob ihr zur Abwehr dieses Eingriffs der ordentliche Rechtsweg zustand.

Maßgebend für die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtswegs ist die rechtliche Natur des Streitgegenstandes, und

Digitized by Google

den Streitgegenstand bestimmt zunächst die Klage. Für den Begriff der „bürgerlichen Rechtsstreitigkeit" (§ 13 GVG.) insbesondere kommt es darauf an, ob mit dem in der Klage erhobenen Anspruch ein der individuellen Rechtssphäre des einzelnen angehöriges Interesse oder Rechtsgut verfolgt oder verteidigt wird. Ob dies der Fall, wird regelmäßig die Klagebegründung ergeben. Freilich kann der Kläger nicht etwa durch Behauptungen in der Klagebegründung willkürlich einen Streit, der nach dem objektiven, aus dem Parteivorbringen erhellenden Tatbestand auf öffentlichrechtlichem Gebiete liegt, zu einer bürgerlichen Rechtsstreitigkeit stempeln, und es ist daher für die Beurteilung der Zulässigkeit des Rechtswegs nicht lediglich die Begründung der Klage, sondern der gesamte Inhalt der Prozeßverhandlungen maßgebend. Allein keinenfalls ist das entscheidende Moment in der Verteidigung des Beklagten zu suchen, und es macht also nicht schon die bloße Berufung darauf, daß ihm aus dem öffentlichen Rechte die Befugnis zu dem in der Klage zurückgewiesenen Eingriff zustehe, den Rechtsweg unzulässig. So Entscheidungen des Reichsgerichts in Gruchots Beiträgen Bd. 53 S. 89. — Mit Recht bemerkt über diese Frage Wach, Handbuch Bd. 1 S. 109: „Eine auf privatrechtlichen Erwerbsgrund gestützte Eigentumsklage deduziert unter allen Umständen ein ziviles Recht in judicium, wenn schon der Beklagte ihm die Behauptung der öffentlichrechtlichen Qualität der Sache entgegenhält. Das Gleiche gilt von der Behauptung eines privatrechtlichen Anspruchs auf Grund von Amtsüberschreitung, von der Rückforderungsklage aus der dem Zivilrechte widerstreitenden Bereicherung. Hier muß die klägerische Behauptung, das durch sie in den Grenzen des Klageantrags geltend gemachte Rechtsverhältnis über die Zulässigkeit des Rechtswegs entscheiden. Sonach können in der Tat publizistische Verhältnisse indirekt zur Kognition nicht nur, sondern auch zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts gelangen. Das hat sein Widerspiel in der indirekten Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden in privatrechtlichen Fragen und ließe sich nur durch positive gesetzliche Bestimmung umgehen."

Aus der Rechtsprechung sei hier ferner auf das schon oben unter IV erwähnte Urteil des Reichsgerichts vom 9. November 1912 (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 80 S. 372) hingewiesen: Der Kläger hatte an die beteiligte Gemeinde Land verkauft und sollte am 1. August 1909 das Kaufgeld ausgezahlt erhalten; die

Digitized by Google

Beklagte behielt jedoch von dem Kaufgelde die Wertzuwachssteuer mit rund 475 000 Mark ein. Darauf erstritt Kläger ein rechtskräftiges Urteil des Verwaltungsgerichts auf Freistellung von der Steuer, und nunmehr erst zahlte die Beklagte am 5. Dezember 1910 dem Kläger den einbehaltenen Betrag aus. Demnächst erhob Kläger beim ordentlichen Gerichte Klage auf Zinsen des einbehaltenen Betrags für die Zeit vom 1. August 1909 bis 5. Dezember 1910; die Beklagte erhob hiergegen den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtswegs, und das Reichsgericht verwarf diesen Einwand, indem es ausführte: Der Zinsanspruch des Klägers sei nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, nämlich nach den §§ 452, 446 BGB., begründet.

Die gleichen Grundsätze gelten auch in dem oben besprochenen Falle: Wenn Beklagte die Sparkassenforderung der Klägerin gepfändet hätte und Klägerin beim ordentlichen Gericht auf Aufhebung der Pfändung geklagt hätte, so wäre (selbst wenn die Klageschrift gar nicht erwähnt hätte, daß die beizutreibende Forderung eine solche auf Steuern sei) die Begründetheit der Steuerforderung „in judicium deduziert"; und wenn die Beklagte die gepfändete Steuerforderung eingezogen und der Kläger auf Erstattung des eingezogenen Betrags geklagt hätte, so wäre die Klage abzuweisen gewesen, weil sie in Wahrheit eine Entscheidung über die Begründetheit der Steuerforderung verlangte. Denn die bloße Tatsache, daß der Pfändungsgläubiger die gepfändete Forderung einzieht, widerstreitet nicht dem bürgerlichen Rechte, und die ungerechtfertigte Bereicherung, die nach der Behauptung des Klägers vorliegt, besteht nur vom steuerrechtlichen Gesichtspunkt aus. — Wenn dagegen die Gemeinde ohne Genehmigung der Klägerin deren Sparkassenguthaben abhob, so stellte diese Handlung für sich allein den Tatbestand ungerechtfertigter Bereicherung oder unerlaubter Handlung dar; jene Abhebung begründete also für sich allein eine Erstattungspflicht der Beklagten; nur die Handlung der widerrechtlichen Abhebung war „in judicium deduziert", die Frage nach der Begründetheit der Steuerforderung konnte nur unmittelbar in Betracht kommen, um den an sich begründeten Anspruch der Klägerin im Wege der Aufrechnung zu beseitigen.

VII. Sonach war, wie gegen Hartmann anzunehmen, der Rechtsweg in dem oben unter II mitgeteilten Falle zulässig, und, wie

Digitized by Google

oben gezeigt, ist es auch grundsätzlich zulässig, gegen eine eingeklagte privatrechtliche Forderung mit einer öffentlichrechtlichen aufzurechnen. Das macht, wie das oben unter IV mitgeteilte Urteil vom 28. Dezember 1900 ergibt, keine Schwierigkeiten, wenn das ordentliche Gericht zugleich auch zuständig ist zur Entscheidung über die Begründetheit der Gegenforderung. Anders lag die Sache aber in unserem Falle. Denn nach den feststehenden Grundsätzen des preußischen Rechtes ist betreffs der Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Abgaben, insbesondere auch der Gemeindeabgaben, der Rechtsweg ausgeschlossen; der Streit über diese Pflicht gehört bei Gemeindesteuern ausschließlich vor die Verwaltungsbehörden. Ein solcher Streit kann folglich auch nicht dadurch zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gebracht werden, daß in einem vor diese gehörenden Rechtsstreit eine Steuerforderung zur Aufrechnung gestellt wird; denn die Zuweisung öffentlichrechtlicher Ansprüche an die Verwaltungsgerichte beruht auf Gründen öffentlichen Interesses, und durch die Zulassung der Aufrechnung würden jene Ansprüche dem Willen des Gesetzes zuwider der Entscheidung durch das ordentliche Gericht unterbreitet. Also auch nicht incidenter kann das ordentliche Gericht über Gemeindesteuerfragen entscheiden. — Nach dem Reichsgericht (Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 77 S. 412 und ebenso Bd. 80 S. 372) soll hier dennoch der § 148 ZPO. anwendbar, das Gericht also nach seinem Ermessen berechtigt sein, den Rechtsstreit bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde auszusetzen oder auch selbständig über die Abgabenpflicht zu entscheiden. Andrerseits trägt aber das Reichsgericht der ausschließlichen Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Rechnung, indem es bemerkt, die Entscheidung der ordentlichen Gerichte würde nicht endgültig sein: Wenn nämlich das ordentliche Gericht die Gebäudesteuerschuld oder die Aufrechnungsbefugnis verneine, so werde hierdurch die Befugnis der Beklagten, die behauptete Gebäudesteuerschuld auf dem ihr gesetzlich eröffneten Wege der Zwangsvollstreckung von der Klägerin beizutreiben, nicht berührt; die endgültige Entscheidung über das Bestehen der Steuerschuld würde immer gemäß der gesetzlichen Vorschrift (§§ 69, 70 Gesetzes vom 14. Juli 1893) den Verwaltungsgerichten verbleiben. — Dem ist nicht beizutreten; denn es kann nicht die Absicht des Gesetzes sein, daß die vom ordentlichen Gerichte, sei es auch nur als Zwischenpunkt, erfolgte Entscheidung über das Bestehen einer Forderung von der unter-

Digitized by Google

legenen Partei in deren Eigenschaft als öffentliche Behörde einfach als nicht vorhanden angesehen werden darf und die Richtigkeit der Entscheidung des ordentlichen Gerichts einer Nachprüfung des Verwaltungsgerichts unterliegen soll.

Gegen die hier vertretene Ansicht, wonach die Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegeneinander im Einzelfalle davon abhängig ist, ob sie im gleichen Verfahren geltend gemacht werden können, wendet Hartmann in der Leipziger Zeitschrift Bd. 9 S. 1298 ein: Eine an sich zulässige Aufrechnungseinrede könne nicht bloß deshalb zurückgewiesen werden, weil für die geltend gemachte Gegenforderung das zur Entscheidung über die eingeklagte Forderung berufene Gericht nicht zuständig sein würde; denn ein solches Verfahren würde eine Verletzung des materiellen Rechtes in sich schließen. — Dieser Einwand Hartmanns trifft nicht zu. Denn die in § 13 GVG. begründete Befugnis der Landesgesetzgebung, die Verfolgung eines Anspruchs vor dem ordentlichen Gericht auszuschließen, indem sie ihn den Verwaltungsgerichten überweist, schließt auch ihre Befugnis ein, die Untersuchung der Aufrechenbarkeit derartiger Forderungen durch die ordentlichen Gerichte auszuschließen. So wenig die Verweisung vor die Verwaltungsgerichte (der Ausschluß des ordentlichen Rechtswegs) eine Verletzung des materiellen Anspruchs enthält, ebensowenig ist diese Verletzung enthalten in der durch jene Verweisung herbeigeführten, sich aus ihr ergebenden Ausschließung der Untersuchung der Aufrechenbarkeit durch das ordentliche Gericht. Dieses muß die Entscheidung über das Bestehen des eingeklagten Anspruchs gemäß § 148 ZPO. aussetzen, bis der Beklagte die rechtskräftige Entscheidung der Verwaltungsbehörde über das Bestehen der Steuerforderung beigebracht haben würde [7]). Der Wortlaut des § 148, wonach das Gericht das Verfahren aussetzen kann, steht der Aussetzungspflicht nicht entgegen; denn § 148 hat mit der Frage, ob nicht unter gewissen Voraussetzungen die Aussetzung geboten ist, nichts zu tun.

Über zahlreiche sonstige Einzelheiten wird auf meinen Aufsatz im Verwaltungsarchiv Bd. 22 S. 369—382 Bezug genommen.

[7]) Die von mir gegen die Zulässigkeit der Aussetzung im VerwArch. Bd. 22 S. 376 vorgebrachten Gründe sind, wie Hartmann mit Recht ausführt, nicht aufrecht zu halten.

Digitized by Google

VIII. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist hiernach:

Die Beitreibung von Abgaben durch Pfändung eines dem Schuldner gegen eine Sparkasse zustehenden Guthabens kann nur erfolgen im Wege der Forderungspfändung. Bestreitet der Schuldner seine Abgabenpflicht und verlangt er Aufhebung der Pfändung oder Erstattung des von der pfändenden Behörde bereits eingezogenen Betrags, so verlangt er eine Entscheidung über das Bestehen der Abgabenpflicht; der Anspruch ist folglich vor dem landesgesetzlich bestimmten Verwaltungsgerichte geltend zu machen. Wenn dagegen die Behörde im Besitze des dem Schuldner gehörigen Sparkassenbuchs ist und diesen Umstand ausnutzt, um den geschuldeten Betrag ohne Zustimmung des Abgabenschuldners von der Sparkasse abzuheben, so liegt keine Beitreibung vor, sondern eine Rechtswidrigkeit, die für sich allein, also ohne daß es eines Eingehens auf das Bestehen der Abgabenpflicht bedarf, die Rückerstattungspflicht begründet. Für die Entscheidung über diese Rückerstattungspflicht ist folglich das ordentliche Gericht zuständig, und diese seine Zuständigkeit wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die beklagte Behörde sich auf die Begründetheit der Steuerforderung beruft, um den an sich begründeten Anspruch des Klägers durch Aufrechnung zu beseitigen. Eine solche Aufrechnung ist nicht nach den Vorschriften des materiellen Rechtes unzulässig. Denn durch die Rechtseinrichtung der Aufrechnung soll vermieden werden der Austausch von Zahlungen, der wirtschaftlich zwecklos wäre; dieser rechtspraktische Zweck nötigt zu der Annahme, daß die Aufrechnung auch zulässig ist gegenüber Ansprüchen und mit Ansprüchen, die dem öffentlichen Rechtsgebiet angehören. Die Gleichartigkeit der Forderungen (§ 387 BGB.) ist auch hier, obwohl die Forderungen verschiedenen Rechtssystemen erwachsen sind, vorhanden. Voraussetzung der Zulässigkeit der Aufrechnung ist dabei aber, daß die Behörde, bei der der Rechtsstreit anhängig ist, auch zuständig ist zur Entscheidung über den Anspruch, der durch die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung geltend gemacht wird. Im vorgedachten Falle muß also das ordentliche Gericht, da es in Preußen zur Entscheidung über die Verbindlichkeit zur Entrichtung allgemeiner öffentlicher Abgaben nicht zuständig ist, gemäß § 148 ZPO. die Entscheidung über den privatrechtlichen Anspruch des Klägers aussetzen bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichts über die bestrittene Abgabenpflicht des Beklagten.

Digitized by Google

XII.

Die Bildung von Eigenjagdbezirken nach der preußischen Jagdordnung.

Von Herrn Regierungsassessor Dr. Wiesmann in Münster i. W.

Einleitung.

Die preußische Jagdordnung vom 15. Juli 1907 kennt, abgesehen von den besonderen Fällen des „selbständigen" Eigenjagdbezirkes, zwei Arten von Eigenjagdbezirken. Ein solcher kann nämlich (§ 4) aus Grundflächen gebildet werden, die entweder dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt sind (Gattereigenjagdbezirk) oder im Zusammenhang einen land- oder forstwirtschaftlich benutzbaren Flächenraum von wenigstens 75 ha einnehmen (Flächeneigenjagdbezirk). Die Grundflächen müssen in beiden Fällen demselben Eigentümer oder beim Miteigentume denselben Miteigentümern gehören.

Die Jagdordnung gilt im ganzen Umfange der Monarchie mit Ausnahme der Provinz Hannover, der Hohenzollernschen Lande und der Insel Helgoland. Gegen eine territoriale Kodifikation bestanden Bedenken, weil auf Helgoland ganz eigenartige Verhältnisse vorliegen, die Hohenzollernschen Lande erst in der Jagdordnung vom 10. März 1902 ein einheitliches Jagdrecht erhalten hatten und gegen das hannoversche Jagdrecht, das, abgesehen von der Verwaltung der gemeinschaftlichen Jagdbezirke (Feldmarksjagden) schon im wesentlichen mit dem Rechte der preußischen Jagdordnung übereinstimmt, Klagen nicht laut geworden waren. Die Versuche, auch den Regierungsbezirk Cassel, in dem schon der Besitz von 23,86 ha — 100 Casseler Morgen nach dem kurhessischen Gesetze vom 7. September 1865 die Befugnis zur Ausübung des Jagdrechts gewährte, vom Geltungsbereiche der Jagdordnung auszuschließen, sind dagegen gescheitert.

Digitized by Google

Trotzdem die Jagdordnung also in der Provinz Hannover nicht gilt [1]), enthält sie doch gerade für die Bildung von Eigenjagdbezirken eine Bestimmung, die ihre Anwendung in der Provinz Hannover ermöglicht und umgekehrt das hannoversche Recht in den angrenzenden übrigen preußischen Provinzen zuläßt.

Nach § 4 IV JO. ist nämlich die Bildung eines Eigenjagdbezirkes auch dann zulässig, wenn die dafür in Betracht kommenden Grundstücke in mehreren Landesteilen liegen, in denen die gesetzlichen Vorschriften über die Bildung eines Eigenjagdbezirkes voneinander abweichen; maßgebend soll in diesem Falle das Recht desjenigen Landesteils sein, in dem der größere Teil der Grundstücke liegt, bei gleicher Größe aber das Gesetz, das den größeren Flächeninhalt für den Eigenjagdbezirk erfordert. Diese Bestimmung entspricht wörtlich der Novelle zum Jagdpolizeigesetze vom 7. August 1899, die erlassen wurde, nachdem das Oberverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen [2]) mit Recht festgestellt hatte, daß ein Eigenjagdbezirk nicht gebildet werden konnte, wenn die in Betracht kommenden Grundstücke, d. h. sowohl die ganze Mindestfläche wie auch die etwaigen den Zusammenhang der Mindestfläche herstellenden Verbindungsgrundstücke z. B. in Westfalen und im Regierungsbezirk Cassel oder in Westfalen und Hannover lagen. Der Grund hierfür liegt, ganz abgesehen davon, daß bei der tatsächlichen Verschiedenheit der in Betracht kommenden Gesetze jeder gesetzliche Anhalt darüber fehlt, welches Recht maßgebend sein soll, darin, daß die betreffenden Gesetze, soweit nichts Besonderes erhellt, selbstverständlich ihre Wirkung nicht über ihren formellen Geltungsbereich hinaus erstrecken. Eine Ausnahme von dieser Regel stellt die Vorschrift des § 4 IV JO. dar, die aber wiederum im Verhältnisse von Preußen zu den angrenzenden Staaten keine Anwendung finden kann. Denn einmal steht es nicht in der Macht des preußischen Gesetzgebers, seine Vorschriften auf außerhalb Preußens liegende Grundstücke für anwendbar zu erklären. Selbst wenn aber das Jagdrecht der anderen Staaten auch eine entsprechende Vorschrift enthält, wie es z. B. in Braunschweig, Anhalt, Waldeck der Fall ist, so kann trotzdem die gegenteilige von Kunze [3]) vertretene

[1]) Vgl. Einleitungsformel der Jagdordnung.

[2]) Entscheidung vom 2. November 1893 Bd. 26 S. 268 ff.; Entscheidung vom 4. Februar 1897 Bd. 31 S. 238 ff.

[3]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 25 S. 98.

Digitized by Google

Ansicht nicht für zutreffend erachtet werden, weil § 4 IV JO. nur von Grundflächen spricht, die in mehreren „Landesteilen" liegen, und die von Kunze erwähnte Tatsache, daß bis zur Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 2. November 1893 die behördliche Praxis in Preußen gegenüber den teilweise in den 1866 erworbenen Gebieten liegenden Eigenjagdbezirken eine günstigere gewesen ist, nicht ausreicht, um eine allgemeine über den Wortlaut hinausgehende Auslegung als allein dem Sinne und Zwecke des Gesetzes entsprechend zu erweisen[4]).

Dagegen kommt § 4 IV JO. in vollem Umfange bei Grundflächen zur Anwendung, die teils in Hannover, teils in den übrigen angrenzenden preußischen Provinzen liegen. Demgemäß ist in den Fällen, in denen der größere Teil oder auch nur die Hälfte der Grundflächen in Hannover liegt, die hannoversche Jagdordnung vom 11. März 1859 maßgebend; die Grundfläche muß also im Zusammenhange nicht 75 ha, sondern 76,63 ha = 300 hannoversche Morgen umfassen, braucht dagegen nicht aus land- oder forstwirtschaftlich benutzbaren Grundstücken, sondern kann auch aus Wegen, Deichen, Kiesgruben, Ziegeleigrundstücken usw. bestehen. Dagegen kann ein Eigenjagdbezirk aus Grundflächen, die dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt sind (§ 4 Ziff. 1 Pr. JO.), nur dann gebildet werden, wenn der größere Teil der Grundflächen nicht in Hannover, sondern z. B. in Westfalen liegt[5]). Denn die hannoversche Jagdordnung kennt einen derartigen Jagdbezirk überhaupt nicht.

Zu beachten ist ferner, daß § 4 IV JO. sich nur auf die „Bildung" von Eigenjagdbezirken bezieht, für die übrigen jagdrechtlichen Verhältnisse daher, wie von Bauer[6]), Seherr-Thoß[7]) und Stelling[8]) nur kurz erwähnt wird, das örtliche Recht maßgebend bleibt. Es dürfen also, wenn der Eigenjagdbezirk im Miteigentume steht, auf dem westfälischen Teile bis zu drei Miteigentümern, auf dem hannoverschen Teile aber nur ein Miteigen-

[4]) Ebenso im Ergebnis Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 6. Oktober 1904 Bd. 46 S. 332 und Stelling, Hannoversche Jagdgesetze S. 58/59 II.

[5]) Engelhard-Danckelmann § 4 Anm. 29 S. 120.

[6]) Jagdordnung § 4 Anm. 24 S. 52.

[7]) Verwaltungsarchiv Bd. 8 S. 100.

[8]) Hannoversche Jagdgesetze S. 58 I.

Digitized by Google

tümer die Jagd ausüben. Eine juristische Person muß auf dem westfälischen Gebiete das Jagdrecht verpachten, durch angestellte Jäger ausüben oder ruhen lassen (§ 6 II Pr.JO.), auf dem hannoverschen Teile kann ein Mitglied ihrer gesetzliche Vertretung es ausüben (analoge Anwendung von § 2 Abs. 2 Hann.JO.)[9]. Schließlich darf die Jagd auf einem teils in Hannover teils in Westfalen liegenden Jagdbezirke nur im ganzen oder aber nur auf dem westfälischen Teile nach räumlichen Bezirken verpachtet werden, da die hannoversche im Gegensatze zur preußischen Jagdordnung ausdrücklich nur die Verpachtung des ganzen Eigenjagdbezirkes zuläßt (§ 2 III, § 7). Alle diese Folgerungen sind nicht zu umgehen; sie ergeben sich notwendig aus der in beiden Jagdordnungen durchgeführten Unterscheidung zwischen der Bildung eines Eigenjagdbezirkes und der Ausübung des Jagdrechts auf demselben, eine Unterscheidung, auf die übrigens auch von dem Abg. Kirsch bei der Beratung der von ihm eingebrachten Novelle zum Jagdpolizeigesetze vom 7. August 1899 hingewiesen wurde[10].

Erwähnt sei noch, daß § 4 IV, wie sich aus der Stellung dieser Vorschrift im Gesetz ergibt, sich nicht auf die Bildung der selbständigen Eigenjagdbezirke bezieht[11]. Unzuträglichkeiten werden sich dabei jedoch nicht ergeben, da die Möglichkeit der Bildung selbständiger Eigenjagdbezirke tatsächlich nur in seltenen Fällen gegeben ist.

A. Die tatsächlichen Voraussetzungen für die Bildung von Eigenjagdbezirken.

I. Der Gattereigenjagdbezirk.

Bekanntlich überläßt das Bürgerliche Gesetzbuch zwar dem Landesrechte die Regelung der Jagd (Art. 69 EG. BGB.), greift aber seinerseits unmittelbar durch die Vorschrift über Wildschadenersatz und mittelbar durch die allgemeinen Bestimmungen über Aneignung, Herrenlosigkeit, wilde Tiere, Notwehr, Notstand, Selbsthilfe usw. auch in jagdliche Verhältnisse ein. Insoweit muß es daher stets bei einer Untersuchung des preußischen Jagdrechts mitberücksichtigt werden.

[9]) Stelling, Hannoversche Jagdgesetze S. 85 Anm. 25 II f.

[10]) Abgeordnetenhaus 1899 Stenographische Berichte S. 2293.

[11]) Desgleichen ist der „Anschluß" von westfälischen, nicht zu einem Jagdbezirke gehörigen Grundstücke an einen hannoverschen Eigenjagdbezirk und umgekehrt nicht möglich.

Digitized by Google

Auch für die Bildung von Gattereigenjagdbezirken ist das Bürgerliche Gesetzbuch von Bedeutung; man wird sogar die betreffende Vorschrift der preußischen Jagdordnung, wenn man der Auslegung folgt, die das Reichsgericht dem § 960 BGB. über das Eigentum an wilden Tieren hat zuteil werden lassen, mindestens als rechtlich höchst eigenartig bezeichnen müssen.

Gegenstand der Jagd sind nur herrenlose wilde Tiere. Dies wird von keiner Seite bezweifelt. § 960 BGB. bestimmt nun: „Wilde Tiere sind herrenlos, solange sie sich in der Freiheit befinden. Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos."

Das Reichsgericht hat nun dahin erkannt [12]), daß eingegattertes Wild nicht herrenlos ist, selbst „wenn ihm nicht nur, um es zu erhalten und ihm die Fortpflanzung zu ermöglichen, sondern namentlich auch, um für seine demnächstige Erlegung die weidmännische Form beibehalten zu können, ein derartiges Maß von Freiheit eingeräumt ist, daß ihm soviel Ortsveränderung ermöglicht ist, wie sie erfahrungsgemäß überhaupt von seiner Gattung beansprucht wird." Es sind daher eingefriedigte Jagdkomplexe von 120 ha [13]) und 3600 ha [14]) vom Reichsgericht als „Tiergärten" und das eingegatterte Wild als Eigentum des Tiergartenbesitzers angesehen worden. Auch die Göhrde (5597 ha) und der Saupark Springe (1400 ha) würden, wie Stelling [15]) hervorhebt, nach diesen Grundsätzen aus dem Jagdrechte zu verschwinden haben.

Nach der Auslegung des Reichsgerichts ist also das Wild, wenn es sich auf einem eingefriedigten, wenn auch noch so umfangreichen Grundstückskomplexe befindet, nicht herrenlos. Seine Erlegung ist daher, selbst wenn sie in weidmännischer Form erfolgt, von seiten des „Tiergartenbesitzers" niemals Ausübung des ihm auf seinem Grund und Boden zustehenden Jagdrechts (§ 2 JO.), — weswegen er auch eines Jagdscheins nicht bedarf (§ 29 JO.), und ganz abgesehen von § 39 IV JO. auch an die Vorschriften über Schonzeiten nicht gebunden ist — von seiten eines Dritten niemals Jagdvergehen, sondern unter gewissen Umständen, nämlich,

[12]) Entscheidung vom 26. September 1908, Strafsachen, Bd. 42 S. 75 ff.
[13]) Entscheidung vom 9. August 1902, Juristische Wochenschrift Bd. 32 S. 80.
[14]) Entscheidung vom 9. Januar 1902, Schultz, Jahrbuch Bd. 1 S. 33.
[15]) Deutsche Juristen-Zeitung 1907 S. 182.

Digitized by Google

wenn neben Eigentum auch „Gewahrsam" des Tiergartenbesitzers angenommen werden kann, Diebstahl.

Nach der preußischen Jagdordnung kann ein Gattereigenjagdbezirk nur aus „dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigten Grundstücken" gebildet werden. Maßnahmen, die den „Einlauf" von Wild verhindern, verhindern aber regelmäßig auch den Austritt, woraus nach der obigen Ansicht des Reichsgerichts gefolgert werden muß, daß das Wild, d. h. das Laufwild, in Gattereigenjagdbezirken nicht mehr herrenlos und daher kein Gegenstand des Jagdrechts mehr ist, sondern im Eigentume des Tiergartenbesitzers steht. Demgemäß erlangt der Tiergartenbesitzer, der in der Praxis mit dem Eigentümer der Grundstücke regelmäßig identisch ist, durch die Bildung des Gattereigenjagdbezirkes, was das Laufwild angeht, keine Vermehrung seiner Rechte. Eine solche trat unter dem Jagdpolizeigesetz allerdings ein hinsichtlich des Flugwildes, da der Tiergartenbesitzer für dieses ihm in der Regel ja nicht eigentümlich gehörende Wild das Jagdausübungsrecht mit der Bildung des Eigenjagdbezirkes erhielt. Aber mit der Jagdordnung ist dieser Rechtszustand geändert; die Jagd auf Flugwild muß nunmehr in Gattereigenjagdbezirken unter 75 ha grundsätzlich ruhen und darf nur mit Genehmigung der Jagdpolizeibehörde ausgeübt werden (§ 4 II).

Die Bildung eines Gattereigenjagdbezirkes hat daher einzig und allein die Bedeutung, daß dem Tiergartenbesitzer andernfalls eine Verurteilung aus § 368 Ziff. 10 StGB. droht, wenn er das ihm eigentümlich gehörende Wild „in weidmännischer Form" erlegen will. Verzichtet nämlich der Tiergartenbesitzer auf die Bildung des Eigenjagdbezirkes und wird gemäß § 5 II JO. der Tiergarten infolgedessen Teil eines gemeinschaftlichen Jagdbezirkes, so macht sich der Tiergartenbesitzer strafbar, wenn er ohne Genehmigung des Jagdberechtigten[16]) in seinem Tierparke, weil „auf einem fremden Jagdgebiete" befindlich, zur Jagd[17]) ausgerüstet betroffen[18]) wird.

---

[16]) Ob der Jagdberechtigte selbst den Tierpark betreten darf oder nicht (§ 123 StGB.), ist bedeutungslos und kann dahingestellt bleiben.

[17]) Absicht ist nicht erforderlich. Es genügt der Besitz des Gewehrs. Vgl. Rechtsprechung bei Ebner S. 540.

[18]) Nicht wörtlich zu nehmen. Es genügt der Nachweis, daß der Täter das fremde Jagdgebiet betreten hat. Vgl. a. a. O. S. 542.

Digitized by Google

Die Auffassung, daß die Bildung eines Gattereigenjagdbezirkes für den betreffenden Grundeigentümer keine andere Bedeutung hat, als ihn vor einer Bestrafung aus § 368 Ziff. 10 StGB. zu schützen, erscheint höchst sonderbar, ist aber die notwendige Folgerung aus der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Glücklicherweise erscheint jedoch bei näherer Untersuchung diese Rechtsprechung, der allerdings auch Dickel[19]) und Kunze[20]) zustimmen, als nicht haltbar.

Die meisten Schriftsteller, die die Ansicht des Reichsgerichts bekämpfen, insbesondere Dalcke-Delius[21]) und Ebner[22]), schließen etwa folgendermaßen: Das Eigentum an herrenlosen wilden Tieren, also auch am Jagdwilde, wird durch Aneignung erworben; diese erfolgt gemäß §§ 958, 872, 854 BGB. durch Erlangung der tatsächlichen Gewalt; in einem Wildparke von 100 ha und mehr hat der Parkbesitzer aber nicht die tatsächliche Gewalt über das dort befindliche Wild; letzteres ist also herrenlos.

Diese Begründung ist nicht unbedingt schlüssig, da immerhin die Möglichkeit besteht, daß § 960 Satz 2 BGB. eine Ausnahmebestimmung enthält in dem Sinne, daß auch ohne Erlangung der tatsächlichen Gewalt nur mit Rücksicht auf den Aufenthalt in einem Tiergarten Eigentum an dem Wilde besteht. Diesen Gedanken deutet auch das Reichsgericht an, wenn es sich dahin ausspricht[23]), daß das Gesetz nicht nur einzelne Tiere, die in kleinen Gärten von solchem Umfange gehalten werden, daß sie stets sichtbar und auffindbar sind und sofort ergriffen werden können, als der rechtlichen Herrschaft unterworfen bezeichnet, sondern auch, weil andernfalls Satz 2 von § 960 BGB. überflüssig sei, die Tiere, denen durch die Einfriedigung soviel Ortsveränderung ermöglicht ist, wie sie erfahrungsgemäß überhaupt von ihrer Gattung beansprucht wird.

Nicht von dem Begriffe der tatsächlichen Gewalt ist daher auszugehen, sondern von dem Begriffe des Tiergartens. Zunächst sei darauf hingewiesen, daß wohl noch keinem Wanderer, der in die Wildgatter des Harzes, Thüringens, des Sollings eintritt, der

[19]) Wildschadengesetz S. 87.
[20]) Verwaltungsarchiv Bd. 14 S. 361.
[21]) Jagdrecht S. 16.
[22]) Jagdrecht S. 55/56.
[23]) Entscheidung vom 26. November 1908, Strafsachen Bd. 42 S. 77 ff.

Digitized by Google

Gedanke gekommen ist, er befinde sich jetzt in einem „Tiergarten". Schon das Wort „Garten" zeigt, wie auch Kunze-Kühnemann[24]) und Görcke[25]) hervorheben, daß es sich um kleinere Flächen handeln muß. Wenn man demgegenüber auf den 225 ha großen Berliner Tiergarten glaubt etwa hinweisen zu können, so ist zu sagen, daß die Bezeichnung Tiergarten für diese Fläche schon aus der kurfürstlichen Zeit stammt, in der sie allerdings einen umzäunten Wildpark bezeichnete. Aber der jetzige Sprachgebrauch versteht unzweifelhaft unter einem Tiergarten nicht die Riesengebilde, die das Reichsgericht meint, sondern kleinere Flächen, auf denen die Tiere zwar eingeschlossen sind, aber doch noch, wie man sagt, „frei" herumlaufen können. Sie verdanken ihre Entstehung meist romantisch-ästhetischen Neigungen, und man findet sie daher noch oft in der Nähe von Schlössern — es sei nur an den Tierpark am Fuße des Schlosses Cappenberg, der alten Besitzung des Freiherrn von Stein, erinnert.

Wenn das Reichsgericht ferner darauf hinweist, daß Tiere innerhalb derartiger Umzäunungen schon nach Satz 1 von § 960 BGB. nicht herrenlos sind, weil sie sich nicht mehr in der Freiheit befinden, das Wort Tiergarten in Satz 2 also eine weitergehende Bedeutung haben müsse, so ist dem entgegenzuhalten, daß der Begriff der „Freiheit" eines Tieres außerordentlich schwer zu umgrenzen ist, so daß es sehr erklärlich ist, daß man für Tiere in Tiergärten, die dort, wie erwähnt, nach dem Volksmunde „frei" herumlaufen, eine ausdrückliche Bestimmung für nötig gehalten hat. Überdies ergibt sich auch noch aus den Protokollen[26]), daß die II. Kommission unter „Tiergärten" keineswegs die „eingehegten Reviere" verstanden hat.

Allerdings ist es im Einzelfalle nicht immer leicht, die Grenze zu ziehen zwischen einem Tiergarten, in dem das Wild im Eigentume des Tiergartenbesitzers steht, und einem eingehegten Reviere, in dem das Wild noch herrenlos ist. Maßgebend ist vor allem die Größe; in Zweifelsfällen wird es, wie Ebner[27]) zuerst hervorgehoben hat, insbesondere darauf ankommen, ob das Wild auf den

[24]) Jagdpolizeigesetze S. 5.
[25]) Jagdordnung S. 5 § 960 Anm. 10.
[26]) Protokoll zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 3 S. 254.
[27]) Jagdrecht S. 56/57.

Digitized by Google

eingefriedigten Flächen sich der Verfügungsgewalt des Eigentümers entziehen kann, dieser also zum Zwecke der Erlegung dieselben Handlungen wie ein Jäger in der freien Wildbahn vornehmen muß[28]). Denn das beweist, daß auf derartigen Flächen sich das Wild tatsächlich noch „in der Freiheit" befindet, also herrenlos[29]) und daher noch Gegenstand der Jagd ist.

Es ergibt sich somit, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts im Gesetze keine Stütze findet, und damit erhält der Gattereigenjagdbezirk der preußischen Jagdordnung seine volle jagdrechtliche Bedeutung wieder. Auf dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigten Grundflächen kann daher, wenn die Flächen nicht so klein sind, daß sie als Tiergarten angesehen werden müssen, der Grundstückseigentümer nur durch die Bildung eines Jagdbezirkes das Recht zur Erlegung des darauf befindlichen Wildes erhalten. Eine Mindestgröße oder eine bestimmte Benutzungsart der Grundflächen ist für den Gattereigenjagdbezirk im Gegensatze zum Flächeneigenjagdbezirke nicht vorgeschrieben. Wesentlich ist allein die Einfriedigung. Da diese „vollständig" sein muß und im Gesetze kein Unterschied zwischen den verschiedenen Arten von Laufwild gemacht ist, so genügen als Einfriedigungen weder Wallhecken noch auch solche Holzgatter, die nicht den Einlauf von Hasen verhindern.

Beschädigung oder vorübergehendes Offenstehen der Umzäunung hebt nach dem Wortlaute des Gesetzes, das einen „vollständigen und dauernden" Abschluß der Grundstücke verlangt, die Eigenschaft als Eigenjagdbezirk auf[30]). Die Jagdpolizeibehörde erhält dadurch das Recht, dem Eigentümer die fernere Ausübung der Jagd zu untersagen, ist aber allerdings, da in dem maius das minus enthalten ist, auch befugt, ihm die Ausbesserung der Einfriedigung aufzugeben.

Gegen eine Verurteilung wegen Wilderns wird der Eigentümer bei unbeabsichtigtem Offenstehen der Wegetüren oder gering-

---

[28]) Im Ergebnisse stimmen hiermit überein: Dalcke-Delius S. 16, Kunze-Kühnemann S. 6, Engelhard-Danckelmann S. 114, Bauer S. 56 und im großen ganzen auch der Kommentar der Reichsgerichtsräte § 960 Anm. 3.

[29]) Dies ist auch der Standpunkt der römischen Quellen, worauf Stelling, Deutsche Juristen-Zeitung 1907 S. 182, aufmerksam macht.

[30]) A. A.: Dalcke-Delius S. 173.

Digitized by Google

fügigen Beschädigungen meist durch das mangelnde Bewußtsein der Rechtswidrigkeit geschützt sein. Der Strafrichter entscheidet übrigens bei derartigen Prozessen selbständig darüber, ob die Grundflächen „dauernd und vollständig" eingefriedigt sind, ohne an die darüber nach § 4 III JO. etwa ergangene Entscheidung der Jagdpolizeibehörde gebunden zu sein. Denn diese Entscheidung auf Grund der Jagdordnung hat im Gegensatze zu der nach dem Jagdpolizeigesetze keine konstitutive [31]), sondern, weil nur noch in Streitfällen auf Antrag eines Beteiligten ergehend, lediglich deklaratorische Bedeutung; deklaratorische Entscheidungen der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte sind aber für den Strafrichter nicht bindend [32]). Die von Dalcke-Delius [33]) und Ebner [34]) vertretene, nur auf Entscheidungen des alten Rechtes gestützte gegenteilige Meinung ist daher zu verwerfen.

II. Der Flächeneigenjagdbezirk.

Die erste tatsächliche Voraussetzung für die Bildung eines Flächeneigenjagdbezirkes ist ein land- oder forstwirtschaftlich benutzbarer Flächenraum von wenigstens 75 ha. Gegenüber dem Jagdpolizeigesetze hat die Jagdordnung somit ausdrücklich anerkannt, daß nicht nur für land- und forstwirtschaftliche Zwecke tatsächlich benutzte, sondern auch für solche Zwecke nur geeignete Grundflächen zur Bildung eines Flächenjagdbezirkes genügen. Da die höchsten Gerichte [35]) aber übereinstimmend den engen Wortlaut des § 2a JPO. schon in diesem weitergehenden Sinne ausgelegt hatten, so ist mit der neuen Vorschrift der Jagdordnung nur eine Klarstellung, keine Änderung des Rechtszustandes bewirkt.

Im allgemeinen sind, wie man Bauer [36]) zugeben muß, wenig Grundflächen denkbar, die nicht den Zwecken der Land- oder

---

[31]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 6. Januar 1900, Bd. 36 S. 360.

[32]) Vgl. über diese grundsätzliche Frage Stein, Justiz und Verwaltung S. 108 ff.

[33]) S. 173.

[34]) S. 121.

[35]) Reichsgerichts-Entscheidung vom 29. April 1887, Juristische Wochenschrift Bd. 16 S. 279; Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 21. April 1900, Bd. 37 S. 298 ff.; Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 21. April 1902, Bd. 41 S. 297 ff.

[36]) § 4 Anm. 16 S. 43.

Digitized by Google

Forstwirtschaft dienstbar gemacht werden können. Denn darauf, ob Grundflächen ohne weiteres für diese Zwecke benutzbar sind oder aber erst noch einer Kultivierung bedürfen, kann es nicht ankommen, da nicht anzunehmen ist, daß das Gesetz alle kahlen Berge, Sandflächen, Heiden, Moore, Sümpfe hat ausschließen wollen [37]). Ferner gehören hierhin diejenigen Grundflächen, die zwar nicht unmittelbar, aber doch mittelbar land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken dienen [38]); dahin sind zu rechnen die für diesen Betrieb notwendigen Gehöfte, Scheunen, Hofräume, Dungplätze; ferner können Wirtschaftswege, Deiche und Gewässer [39]) in Betracht kommen. Jedoch darf der betreffende Eigentümer, wie mit Rücksicht auf einen am Nordostseekanale vorgekommenen Fall [40]) ausdrücklich in der Jagdordnung bestimmt ist, allein aus Wegen [41]), Deichen und Flüssen sowie aus solchen längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen führenden Zubehörstreifen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten, einen Eigenjagdbezirk nicht bilden. Damit ist aber nur gesagt, daß ein lediglich aus vorgenannten Flächen bestehender Eigenjagdbezirk unzulässig ist. Diese Flächen können also, soweit sie land- oder forstwirtschaftlich benutz-

[37]) Ebenso Dalcke-Delius S. 177. Aus der Rechtsprechung: Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 19. Dezember 1901, Bd. 40 S. 319: Truppenübungsplatz; Reichsgerichts-Entscheidung vom 29. April 1887, Juristische Wochenschrift Bd. 16 S. 279: Heide.

[38]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung von 21. April 1900, Bd. 37 S. 289 ff.

[39]) Man denke an Wasserflächen, die durch Schneiden von Gras, Binsen, Schilf, Rohr oder durch Tränken von Vieh und Halten von Geflügel landwirtschaftlich genutzt werden, Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 21. April 1902, Bd. 41 S. 297, oder an Teiche solcher Mühlen, die zum landwirtschaftlichen Betriebe gehören, Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 15. Juni 1891, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 13 S. 91.

[40]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 12. Mai 1902, Bd. 41 S. 299 ff.

[41]) Daß hier nur Privatwege gemeint sein können, ist ohne jeden Zweifel. Aus öffentlichen Wegen allein kann schon deswegen ein Eigenjagdbezirk nicht gebildet werden, weil sie nicht land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sind, sondern eben dem öffentlichen Verkehre dienen. Die Ansicht von Bitter — Zeitschrift des Allgemeinen Deutschen Jagdschutz-Vereins Bd. 14 Nr. 42 S. 432 —, daß „das Oberverwaltungsgericht zu den Wegen im Sinne dieser Vorschrift stets nur öffentliche Wege gerechnet habe", beruht auf einer Verwechslung mit den unter Ziffer 2 Satz 2 § 4 der Jagdordnung genannten Wegen, die eine Unterbrechung des Zusammenhanges nicht herbeiführen.

Digitized by Google

bar sind, mit anderen auch für diese Zwecke geeigneten Flächen sehr wohl für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes in Betracht kommen, wenn nur beide Arten von Flächen zusammen 75 ha groß sind. Da § 4 Ziff. 2 Abs. 2 JO. wegen dieser seiner Fassung und auch allgemein als Ausnahmebestimmung eine andere weitere Auslegung nicht zuläßt, sind der Kanal- und der Eisenbahnfiskus daher auch weiterhin tatsächlich in der Lage, falls sie irgendwo im Anschluß [42]) an die Zubehörstreifen, die landwirtschaftlich benutzbar sind, eine auch nur einen Morgen große Wiese besitzen, Jagdbezirke zu bilden, die freilich wegen ihrer Gestalt eine jagdliche Pflege des Wildstandes nicht zulassen und für die benachbarten Jagdbezirke außerordentlich schädlich sind. Da jedoch eine derartige Ausnutzung der Rechtslage seitens der fast ausschließlich in Betracht kommenden öffentlichen Behörden nicht anzunehmen ist [43]), erscheint es nicht geboten, die Frage der Gesetzesänderung hier aufzuwerfen.

Eine weitere tatsächliche Voraussetzung für die Bildung des Flächeneigenjagdbezirkes findet sich in der Vorschrift, daß die demselben Eigentümer gehörigen Grundflächen „in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden dürfen". Fremd ist jedes Grundstück, das im Eigentum eines anderen steht; dazu gehört auch ein Grundstück, das nicht wie die übrigen im Alleineigentume, sondern im Miteigentume steht [44]). Eigene Grundflächen dagegen unterbrechen den Zusammenhang auch dann nicht, wenn sie nicht land- oder forstwirtschaftlich benutzbar sind, sondern z. B. Gewerbe-, Handel-, Schiffahrt- oder Fischereizwecken [45]) dienen. Denn die Benutzbarkeit für Land- oder Forstwirtschaft ist nur für den Mindestflächenraum von 75 ha vorgeschrieben. Es

[42]) Von getrennt liegenden Grundstücken, die durch die Zubehörstreifen nur ihre jagdrechtliche Verbindung erhielten (§ 4 Ziffer 2 Absatz 2 Satz 2), kann daher keine Rede sein.

[43]) Auch beim Nordostseekanale handelte es sich in dem der genannten Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zugrunde liegenden Falle nur um eine „theoretische" Feststellungsklage.

[44]) Dalcke-Delius S. 178.

[45]) Wie die Fischerei der Landwirtschaft dienen kann und dementsprechend, wie in der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 21. April 1902, Bd. 41 S. 297 ff., geschehen, Teiche, die u. a. „durch Fischerei genutzt werden", als zur Bildung des Mindestflächenraums geeignet angesehen werden können, ist mangels jeglichen sachlichen Zusammenhangs zwischen Fischerei und Landwirtschaft nicht ersichtlich.

Digitized by Google

bilden daher, wenn diese Voraussetzung erfüllt ist, die z. B. innerhalb dieses Flächenraums liegenden andersartigen Grundstücke nicht etwa Enklaven in dem Jagdbezirk, auf denen die Jagd ruhen müßte, sondern sind, wie überhaupt alle im Eigentume des Jagdberechtigten stehenden Grundstücke, vollwertige Teile des Jagdbezirkes, sofern sie nur in ihrem Zusammenhange nicht durch ein fremdes Grundstück unterbrochen werden. Fremde Enklaven hindern anderseits auch nicht die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aus den umgrenzenden Grundstücken, da Geschlossenheit der Besitzung nicht vorgeschrieben ist[46]). Sie werden gegebenenfalls gemäß § 8 JO. dem Eigenjagdbezirke sogar angeschlossen.

Der Vorschrift über den Zusammenhang wird übrigens nach Wortlaut und Absicht des Gesetzes schon genügt, wenn die betreffenden Grundstücke auch nur in einem Punkte aneinanderstoßen[47]), da der Jagdberechtigte dann in der Lage ist, ohne fremdes Gebiet zu betreten, von dem einen Grundstück auf das andere zu gelangen, und anderenfalls es an jedem festen Maßstabe zur Beantwortung der Frage fehlen würde, wann ein Zusammenhang anzunehmen sei.

Von der allgemeinen Regel, daß die Grundflächen in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden dürfen, gibt es kraft positiven Rechtes zwei Ausnahmen. Einmal wird die Bildung von Eigenjagdbezirken erleichtert, indem bestimmt ist, daß gewisse in fremdem Eigentume stehende Grundstücke den Zusammenhang nicht trennen, und dann wird die Bildung andererseits erschwert durch die Vorschrift, daß gewisse Grundstücke, trotzdem sie im Eigentume des Jagdprätendenten stehen, den Zusammenhang zwischen sonst getrennt liegenden Grundstücken nicht herzustellen vermögen.

Zunächst ist durch § 4 Ziff. 2 Satz 2 JO. bestimmt, daß die Trennung durch Gewässer, Deiche, Wege, Kanäle und Eisenbahnen mit Zubehörfläche (Schutzstreifen, Ausschachtungs-, Anschüttungsflächen, Bahnhöfe und ähnliches) nicht als Unterbrechung des Zusammenhanges angesehen werden soll. Die Vorschrift entspricht im wesentlichen dem früheren Rechte. Sie bezweckt, allgemein die Bildung von Eigenjagdbezirken zu erleichtern und insbesondere auch

[46]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 3. Mai 1900, Bd. 37 S. 294 ff.

[47]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 20. Januar 1900, Bd. 36 S. 369 zur kurhessischen Jagdordnung.

Digitized by Google

bereits bestehende durch die Anlegung neuer Verkehrsmittel oder Deiche nicht zur Aufhebung zu bringen. Auf die Breite der trennenden Grundstücke, die z. B. bei Bahnhofsanlagen und Strömen sehr beträchtlich sein kann, ist dabei keine Rücksicht genommen.

Da die allgemeine Vorschrift nur eine Unterbrechung des Zusammenhanges durch fremde Grundstücke kennt, kann die Ausnahmebestimmung sich nur auf die Trennung durch solche Gewässer, Deiche, Wege usw. beziehen, die in fremdem Eigentume stehen. Sind die Grundstücke Eigentum des Jagdberechtigten, so gehören sie also ohne weiteres zu seinem Jagdbezirk[48]) und können auch, soweit sie landwirtschaftlich benutzbar sind, zur Berechnung des Mindestflächenraums mit berücksichtigt werden. Stehen die Wege, Flüsse, Deiche usw. dagegen in fremdem Eigentume, so wird trotz ihrer trennenden Lage die Bildung eines Eigenjagdbezirkes kraft der Ausnahmevorschrift ermöglicht; sie sind als fortfallend zu denken, können aber aus diesem Grunde auch bei der Berechnung des landwirtschaftlich benutzten Flächenraums des angrenzenden Jagdbezirkes nicht mit in Betracht gezogen werden.

Wenn die Trennung durch Gewässer, Wege, Deiche usw. nicht als Unterbrechung des Zusammenhanges angesehen werden soll, so setzt das ferner voraus[49]), daß die für die Bildung des Jagdbezirkes in Betracht kommenden Grundflächen ohnedem unmittelbar aneinander grenzen würden[50]). Durch einen in fremdem Eigentume stehenden Fluß oder Weg, der nicht zwischen den Grundstücken hin-

---

[48]) Die Vorschrift § 4 Ziffer 2 Satz 4: „Befindet der Grenzweg sich aber im Eigentume des Inhabers eines angrenzenden Eigenjagdbezirkes, so steht diesem das Jagdrecht auf dem ganzen Wege zu." ist daher überflüssig, wie auch Dalcke-Delius S. 179, Kunze-Kühnemann S. 36 Anm. 14 und Bauer S. 50 Anm. 22 anerkennen.

[49]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 19. April 1888, Bd. 16 S. 344 ff. und die dort abgedruckte Entscheidung des Obertribunals vom 23. Juni 1870; ferner Bauer S. 46, Engelhard-Danckelmann S. 116 Anm. 12.

[50]) Trotzdem können aber rechts und links der trennenden Flächen in solchen Fällen, wenn auch nicht verschiedenes Eigentum, so doch verschiedene Jagdbezirke liegen. Dies ist dadurch möglich, daß der Eigentümer für den rechts oder links liegenden Teil seiner Grundstücke auf die Bildung des Eigenjagdbezirkes verzichtet hat und diese daher nach § 5 II JO. Teile eines anderen Jagdbezirkes geworden sind. Gemäß § 4 Ziffer 2 Satz 3 erfolgt in solchen Fällen der jagdrechtliche Anschluß des Weges, Deiches usw. bis zur Mitte.

Digitized by Google

durchführt, sondern sonst getrennt liegende Grundstücke nur verbindet, wird daher kein Zusammenhang hergestellt; es verbleibt hierfür wiederum bei der allgemeinen Regel.

Andererseits ist aber auch die vom Oberverwaltungsgerichte [51]) vertretene Ansicht, daß diejenigen Wege, die kraft der Ausnahmevorschrift nicht trennen, den jagdrechtlichen Zusammenhang getrennt liegender Grundstücke auch dann nicht herzustellen vermöchten, wenn sie im Eigentume des Besitzers dieser Grundstücke ständen, irrig; denn nicht die Ausnahmevorschrift, die sich auf diesen Fall gar nicht bezieht, sondern die allgemeine Regel ist hier entscheidend. Der bekannte Satz: Wege, Deiche, Gewässer usw. trennen nicht, verbinden aber auch nicht, ist also mißverständlich und muß mit Vorsicht gehandhabt werden.

Besonderes Interesse bietet noch der allerdings wohl seltene Fall, daß ein im Eigentume des A stehender Weg nicht nur auf einer bestimmten Strecke die für einen Eigenjagdbezirk in Betracht kommenden Grundstücke des B trennt, sondern auch in seiner Längsrichtung derartige Grundstücke des A verbindet. Diese Möglichkeit hat dem Oberverwaltungsgericht in einer älteren Entscheidung [52]) Anlaß gegeben, zu der Frage Stellung zu nehmen, ob sich die Ausnahmevorschrift über die Trennung der Wege nur auf öffentliche oder auch auf Privatwege bezieht. Es führt aus: „Wenn ein den Zusammenhang unterbrechender, in fremdem Eigentume stehender Weg dem Eigentümer der angrenzenden Parzellen jedoch für den Übergang und also für die Herstellung des Zusammenhanges zur Verfügung steht, so gilt der Weg für die Zusammenhangsfrage als Bestandteil der angrenzenden Grundstücke und demgemäß seinem Eigentümer gegenüber als ein fremdes, das die Verbindung zwischen seinen getrennt liegenden Parzellen nicht herstellt. Ist jedoch das Eigentum des Weges durch ein fremdes Wegerecht nicht beschränkt, so gilt der Weg für den Besitzer der durch ihn verbundenen Parzellen nicht als ein fremdes Grundstück, wohl aber für den Besitzer der Grundstücke, an denen er entlang führt: letztere trennt, erstere verbindet er."

Diese Sätze des Oberverwaltungsgerichts folgen aus der stillschweigenden Voraussetzung, daß ein Grundstück, also hier der Weg,

[51]) Entscheidung vom 19. April 1888, Bd. 16 S. 344 ff.; Entscheidung vom 16. März 1911, Bd. 59 S. 348 ff.

[52]) Entscheidung vom 10. Juni 1895, Kunze-Kautz Bd. 2 S. 170.

Digitized by Google

auf der trennenden Strecke nicht gleichzeitig zwei Eigenjagdbezirken angehören darf. Allein diese Voraussetzung ist weder unmittelbar im positiven Rechte enthalten [53]), noch auch mittelbar aus ihm zu entnehmen; warum sollte auch nicht zwei Personen das Recht zur Ausübung der Jagd auf demselben Grundstücke zustehen? Rechtliche Bedenken stehen nicht entgegen, und tatsächliche Schwierigkeiten sind, da es sich nur um seltene Ausnahmefälle handelt, nicht maßgebend. Man wird daher die Möglichkeit, daß der Weg infolge des Zusammentreffens der allgemeinen Regel und der Ausnahmebestimmung auf der trennenden Strecke zwei verschiedenen Eigenjagdbezirken angehört, zugeben müssen, und die Frage, ob sich die Ausnahmevorschrift auf öffentliche und Privatwege bezieht, nach anderen Gesichtspunkten zu entscheiden haben, wie denn auch das Oberverwaltungsgericht sich in seinen späteren Urteilen auf die obige Entscheidung nicht mehr berufen hat.

Zunächst ist festzustellen, daß § 4 Ziff. 2 Satz 2 selbst keine Unterscheidung macht, sondern schlechthin von „Wegen" spricht; ferner mag darauf hingewiesen sein, daß der Vertreter der Königlichen Staatsregierung bei der Beratung in der Kommission des Herrenhauses noch besonders darauf aufmerksam gemacht hat, daß die allgemeine Fassung auch Privatwege mit einschließt [54]). Demgegenüber muß aber hervorgehoben werden, daß überhaupt kein Grund ersichtlich ist, warum jemand, dessen Grundstücke durch eine schmale, fremde Parzelle, z. B. eine Wiesenzunge, getrennt werden, das Recht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes erhalten soll, wenn der Eigentümer der Parzelle diese jetzt für seine eigenen Bedürfnisse als Weg benutzt, sie in einen Privatweg verwandelt. Es muß vielmehr als selbstverständlich angesehen werden, daß die Vorschrift sich nur auf solche Wege bezieht, deren Benutzung dem angrenzenden Grundbesitzer freisteht. Ferner darf diese Benutzungsbefugnis nicht auf einer privatrechtlichen Vereinbarung mit dem Wegeeigentümer

[53]) Es ist nur vorgeschrieben (§ 7), daß Grundstücke, die zu einem Eigenjagdbezirke gehören, nicht als Bestandteile des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes in Betracht kommen können. Wenn der Weg also in seiner Längsrichtung den Zusammenhang für einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk herstellt, zugleich aber auch auf einer gewissen Strecke einen Eigenjagdbezirk trennt, so gehört er zu diesem, falls der Inhaber dieses Bezirkes den Anschluß nicht ablehnt, und unterbricht dadurch stets den jagdrechtlichen Zusammenhang des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes.

[54]) Herrenhaus 1907, Drucksache Nr. 122 S. 6—9.

Digitized by Google

beruhen; denn diese Vereinbarungen können durch die Beteiligten wieder aufgehoben werden; „Wege aber, deren Benutzung durch andere dadurch ihre rechtliche Grundlage verlieren können, daß diese mittels privatrechtlicher Vereinbarung wieder aufgehoben wird, dürfen nicht anders beurteilt werden als Wege, deren Bestand ausschließlich von dem Belieben des Eigentümers abhängt“ [55]).

Dieser Auslegung des § 4 Ziff. 2 Satz 2 steht sein Charakter als Ausnahmevorschrift nicht entgegen. Diese verbietet nur eine weitere, nicht aber eine engere Auslegung. Der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts, der übrigens auch nur Dalcke-Delius [56]) widersprechen, daß die Ausnahmevorschrift sich nur auf öffentliche Wege [57]) und auf Wege, auf denen eine „öffentlichrechtliche Wegegerechtigkeit ruht“ [58]), und schließlich auf Interessentenwege [59]), auf die das Gesetz über die durch das Auseinandersetzungsverfahren begründeten gemeinschaftlichen Angelegenheiten vom 2. April 1887 Anwendung findet, sich bezieht, ist daher beizutreten.

Durch diese Auslegung werden die obigen Untersuchungen über die Bedeutung der Ausnahmevorschrift selbst nicht berührt. Die Öffentlichkeit eines Weges schließt das Privateigentum am Wegegrundstücke nicht aus. Die eben genannten nicht trennenden Wege stellen also nach der Ausnahmevorschrift zwar stets den jagdrechtlichen Zusammenhang zwischen sonst aneinander stoßenden Grundflächen her ohne Rücksicht darauf, wem das Privateigentum am Wegekörper zusteht, sie können aber nach der hierfür maßgebenden allgemeinen Vorschrift auch die jagdrechtliche Verbindung getrennt liegender Grundstücke bilden, allerdings nur in den Ausnahmefällen, daß diese Grundstücke im Eigentume dessen stehen, dem auch der Wegekörper gehört.

Die zweite Ausnahme von der allgemeinen Regel über den Zusammenhang der Grundstücke findet sich im § 4 Ziff. 4 Abs. 2 JO. Dort ist, wie oben dargelegt, bestimmt, daß ein Eigenjagdbezirk allein aus Wegen, Deichen, Flüssen und gewissen Zubehörstreifen

[55]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 16. März 1911, Bd. 59 S. 248 ff.

[56]) S. 179.

[57]) Entscheidung vom 20. April 1896, Bd. 29 S. 299. — Entscheidung vom 5. Mai 1900, Bd. 37 S. 294 ff.

[58]) Entscheidung vom 29. April 1899, Kunze-Kautz Bd. 2 S. 169.

[59]) Entscheidung vom 26. Februar 1903, Bd. 43 S. 281 ff.; Entscheidung vom 5. November 1908 Bd. 53 S. 352 ff.

Digitized by Google

nicht gebildet werden darf. Das Gesetz fährt dann fort: „Derartige Flächen stellen auch den Zusammenhang zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes für getrennt liegende Grundstücke nicht her." Es handelt sich hier um Flächen, die zwar, wie sich aus der vorstehenden Vorschrift ergibt, im Eigentume des „Jagdberechtigten" stehen, trotzdem aber nicht geeignet sein sollen, seine sonstigen getrennt liegenden Grundstücke jagdrechtlich zu verbinden. Diese Ausnahme stellt also eine Erschwerung der Bildung von Eigenjagdbezirken dar. Der Zweck dieser Vorschrift ist offenkundig und bedarf keiner weiteren Darlegung; die Fassung des Gesetzes ist aber derart unglücklich, daß die Bildung von den den benachbarten Jagdbesitzern so außerordentlich gefährlichen Eigenjagdbezirken, die aus getrennt liegenden, nur durch schmale Streifen verbundenen Grundstücken bestehen, nur in seltenen Fällen verhindert wird.

Zunächst kommt es darauf an, ob sich die Ausnahmevorschrift nur auf die „längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen führenden Zubehörstreifen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten", bezieht, oder auch auf „Wege, Deiche und Flüsse". Die erstere Ansicht wird von Bauer[60]) und vom Oberverwaltungsgerichte[61]), die zweite von Dalcke-Delius[62]), Ebner[63]), Engelhard-Danckelmann[64]) und der Königlichen Staatsregierung[65]) vertreten. Das Oberverwaltungsgericht beginnt die Begründung seiner Ansicht mit dem Nachweise, daß § 4 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 2 aus Anträgen hervorgegangen ist, die, wie ihr Wortlaut ergibt, nur die näher bezeichneten Zubehörstreifen selbst betrafen[66]), und dieser Nachweis wird in seiner Bedeutung meines Ermessens auch nicht, wie die Königliche Staatsregierung meint, dadurch erschüttert, daß in dem Kommissionsberichte[67]) nicht etwa nur von der zu verhindernden „Bildung" von Eigenjagdbezirken allein durch Wege, sondern allgemein

[60]) S. 51 Anm. 23.

[61]) Entscheidung vom 17. November 1910, Bd. 58 S. 362 ff.

[62]) S. 178 zweitletzter Absatz; Recht 1911 S. 306.

[63]) S. 127 Anm. b.

[64]) S. 119 Anm. 23.

[65]) Erlaß vom 11. Dezember 1911, — I B I d 6264 M. f. L. IV 1, 6924 M. d. J.

[66]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlage Bd. 5, Drucksache Nr. 322 S. 11—12, Anträge Nr. 13 und 15, Beschluß der Kommission S. 14.

[67]) A. a. O. S. 13.

Digitized by Google

von der „Heranziehung solcher zur Bildung von Eigenjagdbezirken“ gesprochen wird. Sodann aber, und das ist das Maßgebende, sucht das Oberverwaltungsgericht die Richtigkeit seiner Ansicht auch aus der Fassung des Gesetzes herzuleiten, indem es ausführt: „Im § 4 Abs. 3 ist der Jagdpolizeibehörde die Entscheidung darüber zugewiesen, ob die unter Ziff. 2 Abs. 2 aufgeführten Grundflächen zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes oder zur Herstellung des Zusammenhanges geeignet sind. Daß hiermit die Jagdaufsichtsbehörde nicht zu der Entscheidung ermächtigt ist, ob sich Wege, Deiche, Flüsse, Kanäle und Eisenbahnen zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes eignen, ergibt sich daraus, daß sie allein zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes überhaupt nicht dienen können (§ 4 Ziff. 2 Abs. 2 Satz 1). Unter den Grundflächen im Sinne des Abs. 3 und unter den „derartigen Flächen“ im Sinne des zweiten Satzes des § 4 Abs. 2 sind diejenigen gemeint, für die der erste Satz die Bildung eines Eigenjagdbezirkes davon abhängig macht, ob sie wegen ihrer Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd gestatten. Daß hier die Worte — „die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten“ — sich nur auf die Zubehörstreifen bezieht und nur für sie die Voraussetzung bestimmen, unter welcher aus ihnen die Bildung eines Eigenjagdbezirkes statthaft ist, läßt der Wortlaut klar erkennen.“

Gegen diese Schlußfolgerungen ist nichts einzuwenden, und man wird, zumal die Gegner in der Literatur ihrem Standpunkte keine Begründung gegeben haben, die Ansicht des Oberverwaltungsgerichts als richtig anerkennen müssen. Der Umstand, daß demnach Wege mit Zubehörstreifen strenger behandelt werden als Wege ohne solche [68]), ist kein Grund gegen die Richtigkeit der Ansicht, da § 4 Ziff. 2 Abs. 2 als Ausnahmevorschrift streng auszulegen ist und

[68]) Die Königliche Staatsregierung meint sogar, es könne der Fall eintreten, daß zwar die Zubehörstreifen eines Weges bei getrennt liegenden Grundstücken nicht dem Eigenjagdbezirke zugelegt werden dürfen, wohl aber der Weg selbst. Hier dürfte jedoch ein Irrtum vorliegen. Hat der Weg, wie üblich, auf beiden Seiten Zubehörstreifen, so verbindet nicht der Weg, sondern vielmehr die Zubehörstreifen verbinden die getrennt liegenden Grundstücke, und die Bildung eines Eigenjagdbezirkes ist daher unzulässig. Hat der Weg aber nur auf einer Seite einen Zubehörstreifen, so ist zwar, wenn die getrennt liegenden Grundstücke auf der anderen Seite liegen, die Bildung eines Eigenjagdbezirkes möglich, zu dem dann aber auch die Zubehörstreifen, die in diesem Falle nicht verbinden, ohne weiteres zugehören.

Digitized by Google

auch sonst, wie allgemein zugegeben wird, höchst sonderbare Folgen zeitigt.

Werden nämlich die getrennt liegenden Grundstücke nicht durch Wege, Deiche, Flüsse oder durch solche längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen führende Zubehörstreifen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten, sondern durch irgendwelche andere, beliebig lange und beliebig schmale Grundstücksstreifen verbunden, so greift, wie auch die obigen Schriftsteller nicht bestreiten, nicht die Ausnahmevorschrift, sondern die allgemeine Regel Platz, so daß der Bildung eines Eigenjagdbezirkes dann nichts im Wege steht. Die Voraussetzungen für die Bildung derartiger Eigenjagdbezirke beruhen nicht etwa auf eigenartigen „zufälligen" Umständen, sondern werden regelmäßig künstlich geschaffen. Bei der Jagdleidenschaft der Landbevölkerung sind daher die sogenannten Bindfadenjagden keine Seltenheit mehr, wie auch bereits in der Kommission des Abgeordnetenhauses hervorgehoben wurde [69]). Auch amtliche Berichte aus dem Regierungsbezirke Münster klagen darüber, daß wiederholt derartige Jagdbezirke gebildet worden sind. Die verbindenden Streifen waren manchmal nur ½ bis 1 m breit, oft 100 m, mitunter sogar über 1000 m lang, und bestanden häufig in Wallhecken.

Daß derartige schmale Jagdstreifen in der Regel eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten — von einer Pflege des Wildstandes ganz zu schweigen —, jedenfalls aber für die angrenzenden Jagdbezirke einen unverhältnismäßig großen Schaden bedeuten, ist klar; daß sie auch dem Gesetzgeber unerwünscht sind, ergibt sich aus der Vorschrift über die „Zubehörstreifen", und daß ein dringendes Bedürfnis zur Verhinderung dieser Bindfadenjagden besteht, folgt aus ihrem wiederholten Vorkommen. Es muß daher geprüft werden, wie die Jagdordnung am zweckmäßigsten in dieser Richtung abzuändern ist.

Bereits die Kommission des Abgeordnetenhauses hat sich, wie erwähnt, mit der Frage der Bindfadenjagden beschäftigt. Sie war einmütig in der Verurteilung der künstlichen Bildung derartiger Jagdbezirke, bezweifelte jedoch, daß es möglich sein würde, zur Verhinderung derselben eine auf alle Fälle anwendbare Maßnahme vorschreiben zu können. Vielmehr würde man sich darauf beschränken

[69]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen Bd. 5, Drucksache Nr. 322 S. 12.

Digitized by Google

müssen, die Entscheidung im einzelnen Falle davon abhängig zu machen, ob auf dem in Frage kommenden Streifen die Jagd ordnungsmäßg ausgeübt werden könne. Hiermit werde aber die Entscheidung dem diskretionären Ermessen der Jagdpolizeibehörde anheimgegeben werden müssen, was zweifellos zu unzähligen Beschwerden und Klagen führen werde.

Das Bedenken der Kommission ist im Hinblick auf die herrschende Jagdleidenschaft gerechtfertigt. Wenn man aber erwägt, daß das Bedürfnis zur Regelung der Frage dringend ist, daß es ferner in der Tat nicht gut möglich ist, einen festen Maßstab, z. B. eine bestimmte Breite, vorzuschreiben, und daß insbesondere bereits bei dem „Zubehörstreifen" das Gesetz die Entscheidung dem pflichtgemäßen Ermessen der Jagdpolizeibehörde anvertraut hat und über die dort getroffene Regelung, soweit festgestellt werden konnte, in Literatur und Praxis keine Klage laut geworden ist, so wird man das Bedenken der Kommission nicht als ausschlaggebend anerkennen können.

Es wird sich daher empfehlen, die für die Zubehörstreifen getroffene Vorschrift allgemein auf alle Flächen auszudehnen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten; hierdurch würde auch die de lege ferenda nur zu billigende Ansicht der Königlichen Staatsregierung über die jagdrechtliche Behandlung der verbindenden Wege ihre gesetzliche Anerkennung finden.

Eine derartige Regelung würde natürlich nicht nur die künstliche Schaffung von Bindfadenjagden, sondern überhaupt die Bildung derartiger Jagdbezirke verhindern. Aber wenn man, wie vom Abgeordneten Brütt vorgeschlagen wurde[70]), neben dem Maßstabe der ordnungsmäßigen Jagdausübung etwa noch das Verlangen aufstellen würde, daß der Zukauf im wirtschaftlichen Interesse oder auch, negativ ausgedrückt, daß er nicht zwecks Herstellung eines Eigenjagdbezirkes erfolgt sei, so würde das wegen der außerordentlichen Schwierigkeit, die gerade die Feststellung dieses Tatbestandsmerkmals erfordern würde, sehr unzweckmäßig sein, ganz abgesehen davon, daß die davon Betroffenen wahrscheinlich die Handhabung dieser Rechtsvorschrift als Willkür ansehen würden. Ferner ist zu beachten, daß die Verhinderung der Bindfadenjagden

[70]) Abgeordnetenhaus 1907, Stenographische Berichte Bd. 4 S. 5094.

Digitized by Google

nicht eine Strafe für den Versuch der Bildung eines derartigen Jagdbezirkes darstellt, sondern aus objektiven, auch bei nicht künstlich geschaffenen Jagdbezirken in gleichem Maße vorliegenden Interessen erfolgt. Auch dieses Bedenken dürfte damit entfallen.

Um jeden Zweifel auszuschließen und unnötige Härten zu vermeiden, würde es allerdings noch erforderlich sein, zu bestimmen, daß entsprechend dem § 84 II Satz 1 und III JO. die neue Vorschrift auf bereits bestehende Eigenjagdbezirke erst mit Ablauf der für die in Betracht kommenden gemeinschaftlichen Jagdbezirke bestehenden Pachtverträge Anwendung findet.

Zur Erzielung einer besseren Übersicht und größeren Klarheit würde es sich sodann noch empfehlen, die drei Ausnahmen zu dem Grundsatz über die Bildung von Flächeneigenjagdbezirken in besondere Absätze zu § 4 Ziff. 2 zu fassen. Der erste würde die jetzt in § 4 Ziff. 2 Satz 2 befindliche Vorschrift enthalten, daß die Trennung durch gewisse fremde Grundstücke den jagdrechtlichen Zusammenhang nicht ausschließt. Der zweite würde die Bestimmung treffen, daß gewisse eigene Grundstücke die Verbindung getrennt liegender Grundstücke nicht herzustellen vermögen und nach den obigen Ausführungen etwa lauten können: „Flächen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten, stellen den Zusammenhang zur Bildung eines Jagdbezirkes für getrennt liegende Grundstücke nicht her. Die nach den bisher geltenden Vorschriften zu Recht gebildeten Eigenjagdbezirke können bis zum Ablaufe des für den in Betracht kommenden gemeinschaftlichen Jagdbezirk bestehenden Jagdpachtvertrags, bei mehreren in Betracht kommenden gemeinschaftlichen Jagdbezirken bis zum Ablaufe des zuerst beendeten Pachtvertrags bestehen bleiben." Der dritte Absatz endlich würde, wie jetzt Abs. 2 Satz 1, die Bildung eines Eigenjagdbezirkes lediglich aus Wegen usw. und aus solchen Zubehörstreifen, die wegen ihrer geringen Breite eine ordnungsmäßige Ausübung der Jagd nicht gestatten [71]), ausschließen. Gemäß dieser Einteilung wäre in der Zuständigkeitsvorschrift des § 4 Abs. 3 auf die unter Ziff. 2 Abs. 2 und 3 aufgeführten Grundflächen dann noch Bezug zu nehmen.

---

[71]) Die Wiederholung der Worte ist nicht zu vermeiden, aber bei der vorgeschlagenen Einteilung der Absätze auch nicht störend.

Digitized by Google

III. Der selbständige Eigenjagdbezirk.

Die Bildung eines selbständigen Eigenjagdbezirkes kann nur aus solchen Grundflächen erfolgen, die weder zu einem gemeinschaftlichen noch zu einem Eigenjagdbezirke gehören. Der selbständige Eigenjagdbezirk stellt eins der verschiedenen Aushilfsmittel der Jagdordnung dar, um zu erreichen, daß jedes Grundstück Teil eines Jagdbezirkes wird. Da nämlich durch § 7 Abs. I JO. auch für den gemeinschaftlichen Jagdbezirk ein Mindestflächenraum von 75 ha im Zusammenhange vorgeschrieben ist, so mußte für die übrigbleibenden nicht ohne weiteres zu einem gemeinschaftlichen oder Eigenjagdbezirke gehörenden Grundflächen besonders Vorsorge getroffen werden.

Derartige Grundflächen können nach § 8 I entweder angrenzenden gemeinschaftlichen Jagdbezirken zugelegt oder angrenzenden Eigenjagdbezirken angeschlossen oder mit angrenzenden Grundflächen eines andern Gemeindebezirkes zu einem wenigstens 75 ha im Zusammenhang umfassenden gemeinschaftlichen Jagdbezirke zusammengeschlossen werden. Kommen diese Maßnahmen nicht zustande — der Anschluß an einen Eigenjagdbezirk und die Bildung eines besonderen gemeinschaftlichen Jagdbezirkes sind nicht erzwingbar [72]), — oder sind sie wegen der Lage der Grundstücke nicht ausführbar, so können die Grundstücke auch getrennt liegenden Jagdbezirken zugelegt oder angeschlossen werden, oder es kann aus ihnen auch „ein selbständiger, nicht 75 ha im Zusammenhang umfassender gemeinschaftlicher Jagdbezirk" oder endlich, wenn sie nur einem Eigentümer gehören oder im Miteigentume mehrerer stehen, auch ein derartiger Eigenjagdbezirk gebildet werden (§ 9). Ist hierbei die Benutzbarkeit zu land- oder forstwirtschaftlichen Zwecken auch nicht zur Voraussetzung gemacht, so wird doch, wie sich aus den vorstehenden Bestimmungen schon ergibt, die Möglichkeit zur Bildung eines selbständigen Eigenjagdbezirkes nur selten gegeben sein. Und von dieser seltenen Möglichkeit werden wiederum die hierfür maßgebenden (§ 17) Jagdvorsteher tatsächlich wohl nur dann Gebrauch machen, wenn gerade auf diesen Grundstücken mit einem erheblichen Wildschaden gerechnet werden muß.

Hierauf ist offensichtlich auch bei der Vorschrift des § 10 über die Waldenklaven, die nicht zu einem Jagdbezirke gehören, d. h.

[72]) Vgl. Ziffer 10 der Ausführungs-Anweisung zur Jagdordnung.

Digitized by Google

solche jagdbezirksfreie Grundstücke, die von einem über 750 ha im Zusammenhange großen, eine einzige Besitzung bildenden Walde ganz oder größtenteils umschlossen werden, noch besonders Rücksicht genommen. Lehnt der Inhaber des Eigenjagdbezirkes, zu dem dieser Wald gehört, den Anschluß der Grundstücke ab, so ist nämlich, selbst wenn diese an einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk angrenzen, in diesem Falle ihre Zulegung nicht obligatorisch; vielmehr kann, wenn wegen des drohenden Wildschadens [73]) der betreffende Jagdvorsteher die Zulegung für unzweckmäßig hält, auch ein selbständiger gemeinschaftlicher oder ein selbständiger Eigenjagdbezirk aus ihnen gebildet werden.

B. Die rechtlichen Voraussetzungen für die Bildung von Eigenjagdbezirken.

I. Eigentum und Miteigentum.

Eigenjagdbezirke können nach der Jagdordnung (§ 4) lediglich aus Grundflächen, die demselben Eigentümer, beim Miteigentume denselben Miteigentümern gehören, gebildet werden oder, wie es bei der Vorschrift über die selbständigen Eigenjagdbezirke (§§ 9 und 10) heißt, lediglich dann, wenn „Grundflächen nur einem Eigentümer gehören oder im Miteigentume mehrerer stehen".

Hieraus folgt zunächst, daß z. B. land- oder forstwirtschaftliche zusammenhängende Grundflächen von 75 ha zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes nicht geeignet sind, wenn 40 ha im Eigentume des A und 35 ha im Eigentume des B stehen. Ferner ergibt sich ohne weiteres, daß es nicht genügt, wenn A neben den 40 ha, die ihm eigentümlich gehören, die Restfläche gepachtet hat oder ihm etwa an dieser ein Nießbrauch bestellt ist. Letzteres wird allerdings in der Literatur auf Grund von § 5 III JO. bestritten.

Hier ist zunächst vorgeschrieben, daß die Bildung des Eigenjagdbezirkes durch den Eigentümer erfolgt, und ferner finden sich dort Vorschriften über die Wirkung und die bindende Kraft eines Verzichts des Eigentümers, und schließlich heißt es dann als Abs. III: „Besteht an den einen Eigenjagdbezirk bildenden Grund-

[73]) § 53 der Jagdordnung, der die ausschließliche Ersatzpflicht des den Anschluß ablehnenden Eigenjagdbesitzers vorschreibt, greift nur Platz, wenn ein selbständiger Jagdbezirk gebildet ist, nicht aber, wenn die Flächen dem angrenzenden gemeinschaftlichen Jagdbezirke zugelegt werden.

Digitized by Google

flächen ein erbliches oder ein zeitlich nicht beschränktes Nutzungsrecht oder ein Nießbrauch, so tritt an die Stelle des Eigentümers der Nutzungsberechtigte." Kunze-Kühnemann[74]), Bauer[75]), Simon[76]) und insbesondere Ebner[77]) meinen nun, der Nutzungsberechtigte sei hierdurch überhaupt dem Eigentümer als Jagdberechtigter gleichgestellt worden, wie denn auch die Begründung zu § 3 des Entwurfes erkennen lasse, daß das Jagdrecht an Stelle des Eigentümers den Nutzungsberechtigten und dem Nießbraucher zugestanden werden solle. Die Vorschrift beziehe sich also trotz ihrer Stellung nicht nur auf § 5, sondern auch auf § 4, und demgemäß könne beim Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ein Eigenjagdbezirk auch dann gebildet werden, wenn dem Inhaber an dem einen Teile der Flächen Eigentum, an dem anderen Nießbrauch zustehe.

Es mag dahingestellt bleiben, ob die in der Begründung zutage getretene Absicht mit § 3 des Entwurfes, der mit § 5 der Jagdordnung übereinstimmt, erreicht worden wäre, jedenfalls ist jetzt, nachdem die Redaktionskommission die Worte „an einem Grundstücke" durch „an den einen Eigenjagdbezirk bildenden Grundflächen" ersetzt hat, das Gegenteil Gesetz geworden. Selbst wenn man nicht so weit gehen will, dem Nutzungsberechtigten überhaupt das Recht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes deswegen abzusprechen, weil er dieses Recht an bereits „einen Eigenjagdbezirk bildenden Grundflächen" gar nicht mehr ausüben kann, so können doch die eingeschobenen Worte jedenfalls nur den Sinn haben, die Anwendung des § 5 III davon abhängig zu machen, daß die betreffenden Grundflächen bereits zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes geeignet sind, also u. a. auch im Eigentume derselben Person stehen. Die Vorschrift kann sich daher nach Stellung und Wortlaut nur auf die Bildung des Eigenjagdbezirkes selbst und das daraus folgende Recht der eigenen Jagdausübung beziehen, überträgt also nur diese sonst dem Eigentümer zustehenden Befugnisse dem Nießbraucher und anderen Nutzungsberechtigten[78]).

---

[74]) S. 39 Anm. 6.

[75]) S. 61 Anm. 10.

[76]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 31 S. 766, Bd. 35 S. 530 1.

[77]) Deutsche Juristen-Zeitung 1910 S. 478 ff.

[78]) Brockhausen, Deutsche Juristen-Zeitung 1910 S. 191 ff.; Holtz, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 35 S. 633.

Digitized by Google

Auch aus Grundflächen, die im Eigentum einer juristischen Person stehen, kann ein Eigenjagdbezirk gebildet werden, da § 4 JO. keinen Vorbehalt zugunsten physischer Personen macht und § 6 Abs. 2 JO. besondere Vorschriften über die Ausübung des Jagdrechts auf derartigen Eigenjagdbezirken enthält.

Neben dem Eigentume kommt auch Miteigentum, das denselben Personen zusteht, als rechtliche Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes in Betracht. Auch hier genügt es also nicht, wenn A, B, C 40 ha, D, E, F 35 ha im Miteigentume besitzen, oder A, B, C neben den 40 ha im Miteigentume noch 35 ha gemeinschaftlich gepachtet haben. Ferner ist die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aber auch dann ausgeschlossen, wenn A und B den einen Teil der Fläche zu Miteigentum besitzen, der andere Teil aber nur im Sondereigentume des A oder B steht; denn dann steht die ganze Fläche weder im Sondereigentume desselben Eigentümers noch im Miteigentume derselben Miteigentümer [79]).

Zwischen Miteigentum nach Bruchteilen und Miteigentum zur gesamten Hand macht die Jagdordnung keinen Unterschied. Beide Rechtsformen sind daher zulässig. Wenn dagegen das Oberverwaltungsgericht in einem Urteile [80]) bemerkt, daß § 4 JO. ein anderes Miteigentumsrecht als das nach Bruchteilen gemäß § 1008 BGB. nicht im Auge habe, so soll damit nicht das Miteigentum zur gesamten Hand ausgeschlossen, sondern, wie sich aus den Ausführungen des Urteils ergibt, nur gesagt sein, daß ein gültiges Miteigentum nach § 1008 BGB. genügt, die Jagdordnung also keine weiteren besonderen Anforderungen stellt.

Auf die fernere Frage, ob es genügt, wenn denselben Personen ein Teil der Fläche nach Bruchteilen, der andere Teil zur gesamten Hand gehört, kann erst später eingegangen werden, da ihre Beantwortung von dem Ergebnisse der folgenden Untersuchung abhängt.

II. Das $^1/_{1000}$ Miteigentum.

1. Der Tatbestand.

Daß bei der allgemein herrschenden Jagdleidenschaft Grundbesitzer versuchen, durch allerlei künstliche Rechtsformen Eigenjagd-

[79]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 11. November 1909, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 31 S. 360.

[80]) Entscheidung vom 17. Juni 1912, Bd. 65 S. 322.

Digitized by Google

bezirke zu bilden und sich dadurch die Befugnis zur Jagdausübung zu verschaffen, ist nicht verwunderlich. So ist es vorgekommen, daß A, dessen Besitzung nur 35 ha umfaßte, von B die fehlenden 40 ha „formell" erwarb, d. h. B ließ ihm diese Grundflächen auf, gleichzeitig wurde aber unter den Parteien vereinbart, daß B die Flächen, wie bisher, weiter bewirtschaften und benutzen sollte und auch unter Einhaltung bestimmter Fristen wieder zurückerwerben konnte. Jenachdem in solchen Fällen die Parteien gegenseitig Vorsicht für angebracht erachten, wird die besondere Vereinbarung durch Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Rückübertragung grundbuchlich gesichert.

Gegen die Bildung derartiger Jagdbezirke auf Grund formellen Eigentums wird in der Regel rechtlich nichts einzuwenden sein, wie weiter unten im Zusammenhange näher dargelegt werden wird. Es sei jedoch schon hier auf eine eigenartige steuerliche Folge der vorgenommenen Manipulationen hingewiesen. Da der Erwerber nicht den wirtschaftlichen Nutzen, sondern nur das nudum ius erhält, wird zwischen den Parteien selbstverständlich ein Preis vereinbart, der in keinem Verhältnisse zu dem wirtschaftlichen Werte der Grundstücke steht. Werden später dann im Auftrage des Veräußerers die betreffenden Grundstücke vom Erwerber an einen Dritten zu einem ihrem Werte entsprechenden Preise weiter veräußert, so ergibt sich eine außerordentliche „Wertsteigerung" und demgemäß eine Zuwachssteuer, die für den Jagdliebhaber geradezu verhängnisvoll sein kann. So betrug in dem obigen, im Kreise Beckum vorgekommenen Falle der Erwerbspreis 1907 7500 ℳ, der Veräußerungspreis 1911 100 000 ℳ, die Wertsteigerung also innerhalb 4 Jahren 92 500 ℳ und die Steuer rund 33 000 ℳ.

Ungleich häufiger als die Rechtsform des Eigentums wird neuerdings von Grundbesitzern die andere rechtliche Voraussetzung, das Miteigentum, für die Bildung von Eigenjagdbezirken ausgenutzt. A, B und C besitzen z. B. je 30 ha, die zusammengenommen die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Eigenjagdbezirk erfüllen. Sie schaffen nun durch gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen ein Miteigentumsverhältnis, d. h. A überträgt je $^1/_{1000}$ Miteigentum an seiner Besitzung an B und C, ebenso B seinerseits an A und C, und schließlich C seinerseits an A und B, und die drei Miteigentümer bilden dann aus den drei Besitzungen einen Eigenjagdbezirk. Betragen die Besitzungen von A und B schon allein

Digitized by Google

75 ha zusammen, so ist natürlich die Zuziehung von C nicht erforderlich. Andererseits ist das obige Verfahren aber auch möglich, wenn erst durch die Besitzungen von vier oder mehr Nachbarn der Mindestflächenraum geschaffen werden kann; die Vorschrift in § 6 I JO., daß bei einem Miteigentume von mehr als drei Personen das Jagdrecht nur durch höchstens drei Miteigentümer ausgeübt werden darf, macht keine Schwierigkeiten, da der vierte Miteigentümer zur rechtmäßigen Jagdausübung nur eines Erlaubnisscheins (§ 75 JO.) der drei anderen Miteigentümer bedarf. Von vereinzelten Fällen [81]) abgesehen, ist jedoch die Schaffung der obigen Miteigentumsverhältnisse zwischen zwei oder drei Personen üblich.

Ist das Rechtsverhältnis bei dem anfangs geschilderten formellen Eigentume, wie bei jedem fiduziarischen Rechtsverhältnisse, nach außen hin einfach, wenn auch für den Veräußerer gefährlich, so wird die Rechtslage bei gegenseitiger Auflassung von Eigentumsbruchteilen sehr verwickelt und kann für die Beteiligten außerordentlich bedenkliche Folgen zeitigen.

Was das Innenverhältnis angeht, so sind sich regelmäßig die Parteien darüber einig, daß jeder die ihm bisher allein gehörigen Grundstücke unter Ausschluß der Miteigentümer allein weiter benutzen soll und die darauf ruhenden Lasten allein zu tragen hat. Sind die Parteien vorsichtig und werden förmliche Verträge im Wortlaute festgesetzt, so werden gewöhnlich noch Bestimmungen über die Dauer der Gemeinschaft, über einzuhaltende Kündigungsfristen und über die Wiederherstellung des früheren Zustandes, also die Rückauflassung bei Aufhebung des Vertrags, vereinbart und grundbuchlich sichergestellt.

Nach außen hin, dritten Personen gegenüber, tritt jedoch eine einschneidende, durch Parteivereinbarung nicht zu beseitigende Änderung der bisherigen Rechtslage ein. Wie das Kammergericht [82]) einmal in einer kurzen treffenden Zusammenstellung der einschlägigen Bestimmungen ausgeführt hat, „können über den Grundbesitz im ganzen oder einen realen Teil davon nur die Miteigentümer gemeinschaftlich verfügen; diese müssen also bei der Veräußerung auch der kleinsten Parzelle oder der Bestellung einer das Besitztum

[81]) In dem der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 15. März 1894, Bd. 26 S. 265, zugrunde liegenden Falle waren 6 Nachbarn, im Landkreise Münster sind sogar an einer Eigenjagd 7 Nachbarn beteiligt.

[82]) Beschluß vom 2. Dezember 1912, Johow, Jahrbuch Bd. 44 S. 213 ff.

Digitized by Google

im ganzen oder zu einem realen Teile belastenden Hypothek zusammenwirken (§ 747 Satz 2 BGB.). Auf der anderen Seite kann jeder Miteigentümer über seinen ideellen Anteil, z. B. durch Veräußerung oder durch Bestellung eines Nießbrauchs oder einer Hypothek, verfügen (§ 747 Satz 1 BGB.); eine Ausschließung oder Beschränkung dieser Verfügungsbefugnis würde nach § 137 BGB. keine dingliche Wirkung haben. Ebenso kann jeder Gläubiger eines Miteigentümers in den Anteil seines Schuldners die Zwangsvollstreckung betreiben (§ 864 II ZPO.) und, wenn er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren Schuldtitels die Pfändung eines Anteils erwirkt hat, nach § 751 Satz 2 BGB. ohne Rücksicht auf eine etwaige entgegenstehende Vereinbarung der Teilhaber die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, die dann nach §§ 752 und 753 BGB. durch Teilung in Natur oder durch Verkauf des gemeinschaftlichen Grundstücks durchzuführen ist. Entsprechendes ist für den Fall des Konkurses im § 16 II KO. vorgeschrieben."

Für Westfalen, das klassische Land derartiger künstlicher Eigenjagdbezirke, ist ferner noch auf eine schwerwiegende erbrechtliche Folge hinzuweisen, auf die zuerst Brüning[83]) aufmerksam gemacht hat. Kraft des hier herrschenden unmittelbaren Anerbenrechts sind die Bauernhöfe in der Regel Anerbengüter. Die besondere Erbfolge des Anerbenrechts tritt jedoch gemäß § 39 des Westf. Anerb. Ges. vom 2. Juli 1898 nicht ein, wenn das betreffende Landgut im Miteigentume steht. Stirbt also der Vater vor geschehener Rückauflassung, so kommt der Anerbe, wie Brüning sagt, um das Linsengericht einer vermeintlichen Eigenjagd, um alle Vorteile, die ihm sonst das Recht der Erstgeburt gibt. Die weite Verbreitung derartiger Eigenjagden in Westfalen erklärt sich durch die gerade hier zahlreich vorkommenden größeren bäuerlichen Wirtschaften, die für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes nur die Einigung zwischen zwei oder drei Nachbarn erforderlich machen. Vereinzelt ist jedoch auch in anderen Provinzen die gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen zwecks Bildung eines Eigenjagdbezirkes vorgenommen worden, wie der der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 17. Juni 1912 (Bd. 65 S. 320 ff.) zugrunde liegende schlesische Fall beweist.

[83]) Münster. Anzeiger vom 28. Februar 1913 Nr. 155. Der dort anonym erschienene Aufsatz „Miteigentum und Eigenjagd" stammt, wie hier mitgeteilt werden darf, vom Geh. Justizrat Landgerichtsdirektor Brüning in Münster.

Digitized by Google

Die Vorschriften der Jagdordnung über die Bildung von Eigenjagdbezirken durch Miteigentümer stimmen mit den Bestimmungen des Jagdpolizeigesetzes überein, und die jagdliebenden Bauern haben daher bereits unter dem früheren Rechtszustande die Rechtsform des Miteigentums für ihre Zwecke ausgenutzt. So kam es bei der Beratung der Jagdordnung in der Kommission des Abgeordnetenhauses[84]) zur Sprache, daß es in Westfalen — auch der im Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 15. März 1894 (Bd. 26 S. 265 ff.) entschiedene Fall der gegenseitigen Auflassung durch sechs Nachbarn hatte sich in Westfalen ereignet — häufig vorkomme, daß Bauerngrundstücke unter der grundbuchlichen Eintragung des Rückerwerbungsrechts und des Rechtes der weiteren Benutzung seitens des Verkäufers an einen angrenzenden bäuerlichen Grundbesitzer veräußert werden, um auf solche Weise in den gemeinschaftlichen Besitz eines Eigenjagdbezirkes zu kommen. Allein die weite Verbreitung der infolge gegenseitiger Auflassung ganz winziger Miteigentumsanteile gebildeten Eigenjagdbezirke stammt erst aus den letzten Jahren und hängt damit zusammen, daß die der Bildung derartiger Jagdbezirke günstigen Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 7. Juli 1910 und 5. Februar 1912[85]) durch die Presse allgemein bekannt geworden sind. Allein im Regierungsbezirke Münster[86]) sind seitdem nicht weniger als 56 Eigenjagdbezirke auf obige Weise gebildet worden; in vier weiteren Fällen schwebt noch ein Verwaltungsstreitverfahren, dessen Ausgang bei der Stellungnahme des Oberverwaltungsgerichts nicht zweifelhaft sein kann.

Bei der die Frage der rechtlichen Zulässigkeit zunächst ausscheidenden allgemeinen Beurteilung der geschilderten Maßnahmen kann es nicht darauf ankommen, von allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten aus zu prüfen, ob es wünschenswert ist, daß alle oder doch möglichst viele Grundbesitzer das Recht zur Jagdausübung besitzen oder nicht. Diese Frage ist vielmehr vom Jagdpolizeigesetz und der damit übereinstimmenden Jagdordnung längst im verneinenden Sinne entschieden worden.

---

[84]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen Bd. 5, Drucksache Nr. 322 S. 13.

[85]) Jetzt auch abgedruckt in Oberverwaltungsgerichts-Entscheidungen Bd. 65 S. 318 ff. und S. 324 ff.

[86]) Die Untersuchung wurde im Juli 1913 abgeschlossen.

Digitized by Google

Es ist daher nur zu bedauern, wenn Grundbesitzer, denen das Gesetz wegen der geringen Ausdehnung ihrer Besitzung das Recht zur eigenen Ausübung des Jagdrechts versagt hat, in der Lage sind, lediglich durch rechtliche Manipulationen sich dieses Recht zu verschaffen. Und dieses Gefühl des Bedauerns wird noch verstärkt, wenn man bedenkt, daß praktisch durch die obigen Maßnahmen nichts anderes als die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aus benachbarten Grundstücken verschiedener Besitzer erreicht wird, was gerade verhindert werden sollte, wie die Ablehnung eines dahingehenden Antrags bei der Beratung des Jagdpolizeigesetzes beweist[87]). Es kann daher die gegenseitige Auflassung nur als eine „Schiebung" bezeichnet werden, die von den Beteiligten vorgenommen wird, um eine etwaige Lücke des Gesetzes für ihre Interessen auszunutzen, und es ist traurig, daß bereits so viele westfälische Landwirte dieser Versuchung zum Opfer gefallen sind.

Ferner ist zu beachten, daß erfahrungsgemäß die Jagdpachtgelder für solche gemeinschaftlichen Jagdbezirke, innerhalb deren Eigenjagdbezirke liegen regelmäßig geringer sind, wie bei anderen gemeinschaftlichen Jagdbezirken[88]). Sollten daher die größeren Bauern in der Lage sein, lediglich durch rechtliche Maßnahmen Eigenjagdbezirke zu schaffen, so wird in vielen Fällen bezüglich der zu verteilenden Jagdpachtgelder eine empfindliche Schädigung gerade der kleineren Grundbesitzer eintreten, ohne daß demgegenüber von einer Wahrung berechtigter Interessen die Rede sein könnte.

Daß die Beteiligten selbst eine tiefgreifende Änderung ihrer Rechtslage erfahren, ist oben gezeigt worden. Gegen die daraus sich ergebenden Gefahren glauben sie zwar meist im Vertrauen auf den Wohlstand der Nachbarn und das gute Einvernehmen mit ihnen gesichert zu sein. Die wirtschaftliche Lage eines Grundbesitzers kann sich jedoch sehr schnell ändern, und da nach den getroffenen Vereinbarungen die Gemeinschaft meist nur alle fünf Jahre mit einjähriger Frist gekündigt werden kann, so sind die anderen Nachbarn vor unliebsamen Überraschungen keineswegs sicher, wenn auch für sie die etwaige Zwangsversteigerung der gemeinschaftlichen Grundstücke nicht direkt gefährlich ist, da sie bei ihrem ungleich höheren Mit-

[87]) II. Kammer 1850, Stenographische Berichte S. 3242 und S. 3249, Antrag Schulenburg.

[88]) Mitteilung des Landrats v. Schorlemer-Alst in Ahaus.

Digitized by Google

eigentumsanteile bis ins Ungemessene bieten können und doch nur die auf $^1/_{1000}$ Anteil entfallende Summe herauszuzahlen brauchen[89]). Daß ferner aber ein gutes Einvernehmen zwischen benachbarten Bauern meist nicht lange besteht, beweist die Erfahrung, und die Möglichkeit der Trübung dieses Verhältnisses liegt hier besonders nahe, wo der Bauer bei Ausübung seines Jagdrechts die Grundstücke seines Nachbarn ungestört jederzeit betreten kann und sich noch dazu auf ihnen als Miteigentümer betrachten darf. Ist das Einvernehmen aber geschwunden, so erleidet die Kreditfähigkeit der Beteiligten einen argen Stoß, da zur Belastung einer Parzelle die Zustimmung der Miteigentümer erforderlich ist und die Möglichkeit der Belastung des $^{998}/_{1000}$ Anteils selbst wegen der dabei sich ergebenden verwickelten Rechtslage praktisch nicht in Betracht kommt.

Die neuen Eigenjagden müssen daher nach allen Seiten hin als bedauerliche Erzeugnisse der Jagdleidenschaft angesehen werden, und es wäre nur zu wünschen, wenn ihre Behandlung de lege lata ebensowenig Zweifeln unterworfen wäre wie ihre Beurteilung de lege ferenda.

Über die Frage, ob Eigenjagdbezirke auf Grund wechselseitiger Übertragung von Eigentumsbruchteilen gebildet werden können, ist bereits eine größere Literatur entstanden, die aber meist in Zeitungen und jagdlichen Fachblättern verstreut ist. Dalcke-Delius[90]) und Bauer[91]) nehmen an, daß bei der Übertragung regelmäßig ein nichtiges Scheingeschäft vorliegt, Miteigentum also nicht zur Entstehung kommt; Brüning[92]) meint, daß dies mindestens dann, wenn die Parteien genaue Schutzkautelen vereinbart haben, anzunehmen ist. Kann der Nachweis eines Scheingeschäfts nicht erbracht werden, so halten Bauer und Brüning gleichwohl die Bildung eines Eigenjagdbezirkes für unzulässig, Bauer[93]), weil das Rechtsgeschäft als gegen die guten Sitten verstoßend, nichtig sei, Brüning[94]), weil Miteigentum an Teilflächen zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes nur dann genüge, wenn einem jeden Mit-

[89]) Vgl. Reichling, Münster. Anzeiger vom 20. September 1913 Nr. 726.

[90]) Jagdrecht S. 176.

[91]) „Das Teckele" Bd. 6 Nr. 20 S. 155 links.

[92]) Münster. Anzeiger vom 28. Februar 1913 Nr. 155.

[93]) A. a. O.

[94]) A. a. O.

Digitized by Google

eigentümer an jeder Teilfläche das Miteigentum zu demselben Bruchteile zustehe, wie an jeder anderen Teilfläche; dieser letztere Standpunkt ist auch von der Königlichen Staatsregierung [95]) vertreten worden.

Kremer [96]), Ebner [97]) und Reichling [98]) sind dagegen der Ansicht, daß in der Regel die gegenseitige Übertragung von Eigentumsbruchteilen gültig ist und auch jagdrechtlich die auf Grund des geschaffenen Miteigentums vorgenommene Bildung eines Eigenjagdbezirkes zulässig ist.

Was die Stellungnahme der Gerichte angeht, so mag zunächst darauf hingewiesen sein, daß der vorliegende Fall geradezu ein Schulbeispiel ist für die Mannigfaltigkeit der rechtlichen Elemente, aus denen unser Jagdrecht sich zusammensetzt. Denn abgesehen von den Verwaltungsgerichten, die für Klagen der Miteigentümer gegen die die Ausübung des Jagdrechts untersagenden Jagdpolizeiverfügungen des Landrats und für Klagen der Miteigentümer gegen den betreffenden Jagdvorsteher auf Anerkennung des Eigenjagdbezirkes und umgekehrt [99]) zuständig sind, müssen auch die Amtsgerichte als Grundbuchämter bei der gegenseitigen Auflassung, die Zivilgerichte überhaupt bei Klagen der Jagdpächter des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes gegen die Miteigentümer auf Schadensersatz oder Unterlassung und umgekehrt bei Klagen der Miteigentümer gegen die Jagdpächter, und endlich die Strafgerichte bei Anklagen gegen die Miteigentümer oder gegen den Jagdpächter wegen Wilderns über die obige Frage eine Entscheidung fällen.

---

[95]) Erlaß vom 26. Juli 1912 Nr. I B I d 4100 M. f. L., I 5149 J.-M., IV a 6252 M. d. J.

[96]) „Das Teckele" Bd. 6 Nr. 20 vom 9. Februar 1911 S. 153 ff.; Gesetz und Recht Bd. 12 Nr. 13 vom 1. April 1911 S. 294 ff.

[97]) Zeitschrift für Polizei- und Verwaltungs-Beamte Bd. 19 vom 1. Mai 1911 S. 197 ff.

[98]) Münster. Anzeiger vom 19. und 20. September 1913 Nr. 724 und 726.

[99]) § 71 der Jagdordnung. Die Ansicht von Bitter (Zeitschrift des Allgemeinen deutschen Jagdschutzvereins Bd. 14 Nr. 47 S. 481), auf Antrag des Jagdvorstehers sei die Jagdpolizeibehörde gemäß § 4 Abs. 3 der Jagdordnung zuständig, zu entscheiden, ob die betreffenden Grundstücke zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes geeignet seien, ist verfehlt. Die hier angenommene Zuständigkeit der Jagdpolizeibehörde bezieht sich kraft ausdrücklicher Vorschrift nur auf die unter Ziffer 2 Abs. 2 aufgeführten besonderen Grundstücke.

Digitized by Google

Von den Amtsgerichten hat ein Teil auf Grund der Annahme eines Scheingeschäfts die Beurkundung der beabsichtigten Auflassung abgelehnt. Derartige Entscheidungen sind vom Landgerichte Münster als Beschwerdeinstanz ausdrücklich gebilligt und auch bei der weiteren Beschwerde vom Kammergerichte[100]) nicht umgestoßen worden. Das Kammergericht hält zwar die Feststellung eines Scheingeschäfts, als wesentlich auf tatsächlichem Gebiete liegend, seinerseits nicht für nachprüfbar, erklärt aber, daß die betreffenden Gerichte, einerlei ob die Miteigentümer die Verwaltung und Benutzung der Flächen durch besondere Vereinbarungen geregelt haben oder nicht, ohne Rechtsirrtum zu der Annahme eines Scheingeschäfts haben gelangen können.

Andere Amtsgerichte haben dagegen auf Grund der vorgenommenen Auflassung die Rechtsänderung ins Grundbuch eingetragen. Da gemäß § 71 Abs. 2 GBO. eine Beschwerde unzulässig ist, auch der allein zugelassene Antrag auf Löschung nicht etwa dem Jagdpächter oder Jagdvorsteher, sondern nur den beteiligten Eigentümern zustehen kann, so bleibt die Eintragung im Grundbuch in solchen Fällen unangefochten bestehen.

Bei den Verwaltungsgerichten ist ein hartnäckiger „Kampf ums Recht" zwischen dem Bezirksausschusse Münster und dem Oberverwaltungsgericht ausgebrochen[101]). Ersterer hält an seiner Ansicht, daß auf Grund gegenseitiger Übertragung von Eigentumsbruchteilen ein Eigenjagdbezirk nach der Jagdordnung nicht gebildet werden kann, auch jetzt noch ständig fest, während das Oberverwaltungsgericht als höchste Instanz regelmäßig gegenteilig entscheidet.

Durch die den Miteigentümern günstige Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts ist es dahin gekommen, daß es von der Stellungnahme der Grundbuchämter abhängt, ob derartige Eigenjagdbezirke zur Entstehung kommen oder nicht. So erklärt sich auch die auffallende Verschiedenheit der Zahl solcher Jagdbezirke in den einzelnen Kreisen des Regierungsbezirkes Münster. Während im Kreise Beckum zurzeit nicht weniger als 20, im Landkreise Münster nicht weniger als 11 derartige Eigenjagdbezirke bestehen,

---

[100]) Vgl. z. B. Beschluß vom 2. Dezember 1912, Johow, Jahrbuch Bd. 44 S. 213 ff.

[101]) Vgl. z. B. die sämtlich Entscheidungen des Bezirksausschusses Münster betreffenden Urteile des Oberverwaltungsgerichts vom 5. Februar 1912, 6. Mai 1912, 28. April 1913 in Bd. 65 S. 324, 329, 331.

Digitized by Google

gibt es, da die Amtsgerichte Tecklenburg, Iburg, Breden und Ahaus von jeher die Beurkundung solcher Auflassungen grundsätzlich abgelehnt haben, in den betreffenden Kreisen Tecklenburg und Ahaus nicht einen einzigen derartigen Jagdbezirk.

Da bei der Stellungnahme des Oberverwaltungsgerichts die Bildung eines Eigenjagdbezirkes durch eine Klage des Jagdvorstehers gegen die Miteigentümer auf Grund von § 71 JO. nicht verhindert werden kann, hat in einem Falle der Jagdpächter, der nach der übereinstimmenden Ansicht der Literatur[102]) und Rechtsprechung[103]) nicht zu den „Beteiligten" im Sinne der genannten Vorschrift gehört, versucht, mit Hilfe der ordentlichen Gerichte die Absicht der Miteigentümer zu vereiteln. Auf seinen Antrag hat das Landgericht Münster durch eine einstweilige Verfügung den Miteigentümern bei Vermeidung einer Ordnungsstrafe von 50 ℳ für jeden Fall der Zuwiderhandlung verboten, die Jagd auf den betreffenden Grundstücken auszuüben. Die einstweilige Verfügung ist sodann durch Urteil[104]) mit der Begründung bestätigt, daß die Auflassung als Scheingeschäft nichtig, das Recht zur eigenen Ausübung des Jagdrechts also mangels Vorliegens von Miteigentum nicht erworben sei, das dem Jagdpächter übertragene Jagdrecht zu den „sonstigen Rechten" des § 823 BGB. gehöre, dem Berechtigten auch eine Unterlassungsklage zustehe, wenn zwar eine Rechtsverletzung noch nicht stattgefunden habe, aber erkennbar ernstlich vorbereitet werde und schließlich der Erlaß der einstweiligen Verfügung berechtigt sei in Anbetracht der zu befürchtenden Herabminderung des Wildstandes und der Schwierigkeit des Beweises des entstehenden Schadens. Zu einer rechtskräftigen Erledigung des Rechtsstreits ist es jedoch noch nicht gekommen. Die Miteigentümer haben übrigens inzwischen gegen den Jagdvorsteher auf Grund von § 71 JO. bei den Verwaltungsgerichten Klage auf Anerkennung ihres Eigenjagdbezirkes erhoben, und der Ausgang dieses Rechtsstreits kann bei der Stellungnahme des Oberverwaltungsgerichts nicht zweifelhaft sein. Sollte das Oberlandesgericht und gegebenenfalls das Reichsgericht

---

[102]) Bauer S. 408; Ebner S. 313; Dalcke-Delius S. 280.

[103]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 13. Februar 1890, Bd. 19 S. 307. Kompetenzgerichtshof-Entscheidung vom 25. Juni 1898, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 21 S. 92. — § 71 der Jagdordnung stimmt mit dem früheren Rechte — § 105 ZG. — überein.

[104]) Urteil vom 21. Oktober 1913 in Sachen Winkelmann gegen Harling und Genossen.

Digitized by Google

die einstweilige Verfügung bestätigen, so würde sich daraus ein eigenartiger Gegensatz zwischen dem Oberverwaltungsgericht und den ordentlichen Gerichten ergeben, indem ersteres den Eigenjagdbezirk anerkennt, letztere aber den Miteigentümern die Ausübung der Jagd untersagen. Praktisch würden also die Miteigentümer unterliegen.

Bemerkt sei noch, daß die Miteigentümer, selbst wenn sie gegen die Jagdpolizeibehörde oder den Jagdvorsteher bereits ein obsiegendes Urteil vom Oberverwaltungsgericht erlangt haben, in dem Verfahren vor den ordentlichen Gerichten gegenüber dem Antrage des Jagdpächters auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung oder gegenüber seiner etwaigen Klage auf Unterlassung der Jagdausübung den Einwand der Rechtskraft schon wegen der mangelnden Identität der Parteien nicht erheben können. Die Annahme einer Rechtskraft inter omnes ist aber bei den obigen deklaratorischen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte durch das Fehlen einer besonderen, die Bindung der ordentlichen Gerichte aussprechenden Vorschrift ausgeschlossen [105]).

Die Gründe, die für oder wider eine der vorstehenden in der Literatur und Rechtsprechung vertretenen Ansichten sprechen, werden im Zusammenhange der folgenden Untersuchung geprüft werden.

2. Die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts.

Die Grundlage für das Vorgehen der jagdliebenden Grundbesitzer bildet ein Rechtsgeschäft des bürgerlichen Rechtes, die gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen. Von der Gültigkeit dieses Rechtsgeschäfts hängt zunächst alles weitere ab. Ist die Auflassung nichtig, wird also überhaupt kein Miteigentum geschaffen, so ist die Streitfrage schon zuungunsten der Bauern entschieden, und alle weiteren Untersuchungen darüber, ob ein durch gegenseitige Auflassung winziger Eigentumsanteile geschaffenes Miteigentum den Anforderungen der Jagdordnung genügt, sind überflüssig.

[105]) Vgl. Stein, Justiz und Verwaltung S. 107, 108. — Allerdings dürfte die Jagdpolizeibehörde nach einer zwischen dem Jagdvorsteher und den Miteigentümern zugunsten der letzteren ergangenen Entscheidung nicht mehr gegen die Miteigentümer vorgehen können, aber nicht, wie Simon, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 31 S. 729, meint, weil die Entscheidung eine Rechtskraft inter omnes zeitigt, sondern weil von einer die Zuständigkeit der Jagdpolizei begründenden Verletzung der durch die Jagdordnung getroffenen rechtlichen Ordnung nicht mehr gesprochen werden kann, wenn die Miteigentümer bereits in dem durch die Jagdordnung vorgeschriebenen Verfahren die Anerkennung des Rechtes zur eigenen Ausübung des Jagdrechts erlangt haben.

Digitized by Google

Es ist nun erklärlich, daß, wenn Personen nur durch rechtliche Manipulationen, ohne die wirtschaftlichen Verhältnisse zu ändern, etwas erreichen, wodurch die Interessen Dritter geschädigt werden, der Verdacht des Scheingeschäfts gegen sie laut wird. So auch hier, wie sich aus der obigen Übersicht der Literatur und der Praxis ergibt.

Die sedes materiae ist § 117 Abs. 1 BGB.: „Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnisse nur zum Scheine abgegeben, so ist sie nichtig." Die Willenserklärung, um die es sich hier handelt, ist die vor dem Grundbuchamte zu erklärende Einigung der Grundbesitzer über den Übergang der Eigentumsanteile.

Man [106]) hat nun behauptet, praktisch sei die Anwendung von § 117 BGB. bei der Auflassung ausgeschlossen, da der Grundbuchrichter hierbei sachlich beteiligt sei, die Vorschrift also nur Platz greifen könne, wenn auch er mit der Abgabe der Erklärung zum Scheine einverstanden sei; andernfalls sei nur der Fall eines geheimen Vorbehalts gegeben, den beide Erklärende gegenüber dem Grundbuchrichter machen; ein solcher Vorbehalt berühre aber nach § 116 BGB. nicht die Gültigkeit des Geschäfts. Allein die Voraussetzung dieser Annahme ist nicht richtig. Nach § 925 BGB. werden die zur Auflassung erforderlichen Erklärungen zwar vor dem Grundbuchamt, aber nicht gegenüber dem Grundbuchamte, sondern von jeder der Parteien gegenüber der anderen abgegeben [107]).

Auch die Ansicht [108]), daß durch die Zulassung des § 117 BGB. im Grundbuchverkehre „das Grundbuchrecht stürze", ist unrichtig [109]); vielmehr wird bekanntlich nach § 892 BGB. der gutgläubige Dritte bei rechtsgeschäftlichem Erwerbe geschützt.

Der Anwendung des § 117 BGB. auf Auflassungen steht also bei der rechtsgeschäftlichen Natur derselben nichts im Wege. Auch die Wirkung ist bei diesen dinglichen Verträgen dieselbe wie bei obligatorischen, nämlich Ungültigkeit. Ein Übergang des Eigentums findet daher in solch einem Falle gemäß § 873 BGB. mangels einer gültigen Einigung nicht statt, woran auch eine gegenteilige

---

[106]) Sintenis, Zeitschrift für Zivilprozeß Bd. 30 S. 394; Matthias, Bürgerliches Gesetzbuch S. 110.

[107]) Beschluß des Kammergerichts vom 2. Dezember 1912, Johow, Jahrbuch Bd. 44 S. 213 ff., 217.

[108]) Kohler, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 490.

[109]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 478 Anm. 2.

Digitized by Google

Eintragung im Grundbuche nichts ändert. Hieraus folgt ferner, daß die Nichtigkeit der Auflassung nicht nur von den Beteiligten selbst, wie im I. Entwurfe § 832 noch vorgeschrieben war, geltend gemacht werden kann, sondern auch von jedem Dritten. Die Verwaltungsgerichte haben daher, wenn z. B. der Jagdvorsteher oder die Jagdpolizeibehörde den Einwand der Nichtigkeit erhebt, oder auch, wenn sie selbst Grund zur Annahme eines Scheingeschäfts zu haben glauben, gemäß der bei ihnen herrschenden Untersuchungsmaxime, die wirkliche Rechtslage zu prüfen, ohne an etwaige mit dieser nicht übereinstimmende Eintragungen im Grundbuche gebunden zu sein [110]). Es ist daher sehr irreführend, wenn das Oberverwaltungsgericht in einer Streitsache zwischen zwei Miteigentümern und der Jagdpolizeibehörde einmal sagt [111]): „Vorhandensein und Art des Eigentums wird allein durch das Grundbuch bestimmt."

Es erhebt sich demnach die Frage: Sind sich die betreffenden Grundbesitzer darüber einig, Eigentum übertragen zu wollen, oder geben sie die Erklärungen nur zum Scheine ab, um lediglich auf Grund der dann erfolgenden Eintragungen die Bildung eines Eigenjagdbezirkes zu versuchen?

Auf den ersten Blick ist man geneigt, ein Scheingeschäft anzunehmen. Schon die Winzigkeit der Anteile erweckt den Verdacht, daß hier etwas vorgetäuscht werden soll. Sodann scheint auch der Umstand, daß die Parteien, selbst wenn sie besondere Vereinbarungen nicht vorlegen können oder nicht vorlegen wollen, selbstverständlich bezüglich der Verwaltung und Benutzung der Grundstücke alles beim alten lassen wollen, daß also z. B. bezüglich der Verteilung der Einkünfte aus den Grundstücken natürlich nicht gemäß der Regel des § 743 Abs. 1 BGB. das Verhältnis 999 : 1 Platz greifen soll, dafür zu sprechen, daß nur der äußere Schein eines Miteigentums herbeigeführt werden soll. Ferner sind, selbst wenn die getroffenen Vereinbarungen so weit als möglich grundbuchlich sichergestellt sind, die mit der Übertragung von Miteigentumsanteilen notwendigerweise verbundenen rechtlichen Nachteile, wie oben gezeigt, noch so groß, daß der Gedanke wohl nahe liegt, die Grundbesitzer hätten sich diesem

[110]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 15. März 1894, Bd. 26 S. 264 ff., 267. — Entscheidung vom 5. Mai 1899, Bd. 35 S. 36 ff., 43.

[111]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 12. Juni 1902, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 24 S. 183.

Digitized by Google

Nachteile nicht unterworfen, ihr Alleineigentum vielmehr behalten und mit den Eintragungen im Grundbuche nur die Täuschung der Jagdpolizeibehörde und Schutz vor etwaigen gutgläubigen Erwerbern der Eigentumsanteile herbeiführen wollen.

Allein dieses Ergebnis wird bei näherer Untersuchung doch außerordentlich zweifelhaft. Den Ausgangspunkt für diese möge die Rechtsform des fiduziarischen Geschäfts bilden. Solche Geschäfte kommen bekanntlich häufig vor, z. B. in Gestalt der Übertragung von Forderungen zum Zwecke der Einziehung oder der Übereignung von Sachen zum Zwecke der Verpfändung. Wirtschaftlich wird mit der Übertragung oder Übereignung nicht eine Vermehrung des Vermögens des Empfängers bezweckt, sondern werden ganz andere Ziele verfolgt. So kann dies Geschäft, wie Dernburg [112]) einmal hervorhebt, auch nur dazu bestimmt sein, dem Empfänger die politische Stellung eines Grundbesitzers zu geben, ohne daß demselben wirtschaftlich die Befugnisse eines Eigentümers zugewendet werden sollen. Ob ein derartiger Versuch stets zum Ziele führt [113]), ferner ob nicht sogar das fiduziarische Rechtsgeschäft selbst oft wegen anderer Vorschriften als ungültig bezeichnet werden muß, kann ganz dahingestellt bleiben; aber hervorzuheben ist, daß diese Geschäfte jedenfalls nicht als Scheingeschäfte ungültig sind, worüber auch Literatur und Praxis einig sind.

Der begriffliche Unterschied ist folgender: Bei dem Scheingeschäfte liegen tatsächlich zwei sich widersprechende Willenserklärungen der Parteien vor; die eine auf die Rechtsänderung gerichtete Willenserklärung tritt nach außen hin durch Zeugen, schriftliche Niederlegung, Erklärung vor dem Grundbuchamt in Erscheinung, während die andere regelmäßig von den Parteien verheimlicht wird und dahin geht, daß die Rechtsänderung nicht eintreten soll. Auch bei den fiduziarischen Geschäften haben wir zwei Willenserklärungen der Parteien, die sich jedoch nicht widersprechen, sondern ergänzen, und daher auch von den Parteien zur Erreichung ihrer Ziele in der Regel nicht verheimlicht zu werden brauchen. Die Absicht der Parteien geht ernstlich darauf hin, die Rechtsänderung tatsächlich eintreten zu lassen; ihre weitere Vereinbarung setzt diese Rechtsänderung

[112]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 1 S. 566.

[113]) Vgl. z. B. Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 5. Mai 1905, Bd. 47 S. 106 ff. — Entscheidung vom 4. April 1911, Bd. 59 S. 77 ff. — Entscheidung vom 22. März 1912, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 33 S. 820.

Digitized by Google

voraus, enthält z. B. in dem Falle der fiduziarischen Übereignung wirtschaftlich unentbehrlicher Gegenstände zum Zwecke der Verpfändung einen Mietvertrag zwischen Veräußerer und Erwerber und verpflichtet letzteren, von seiner äußeren Rechtsstellung nur einen dem Zwecke des Geschäfts entsprechenden Gebrauch zu machen. Infolge der besonderen Vorschriften über den Grundstücksverkehr ist es ferner möglich, wenn auch mit dem Begriff eines „fiduziarischen" Rechtsgeschäfts eigentlich nicht mehr vereinbar, daß durch die zweite Vereinbarung der Parteien der Empfänger nicht nur obligatorisch zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet wird, sondern seine Rechtsstellung auch nach außen hin, z. B. durch Eintragung eines Vorkaufsrechts oder einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Rückauflassung eingeschränkt wird.

Aus einer Vereinbarung, die getroffen wird, um bei einer von den Beteiligten aus irgend welchen Gründen beabsichtigten Rechtsänderung nach Möglichkeit wirtschaftlich alles beim alten zu lassen, kann also, wie das Beispiel der Sicherungsübereignung unentbehrlicher Gegenstände zeigt[114]), nicht ohne weiteres auf den Scheincharakter der Rechtsänderung selbst geschlossen werden. Auch wenn diese Vereinbarung bis ins einzelne genau abgefaßt und nach Möglichkeit grundbuchlich sichergestellt ist, so daß für den Empfänger fast nur das nudum ius Quiritium bleibt, ist, solange die Übertragung des Rechtes nur einen vernünftigen Zweck verfolgt, kein Grund vorhanden, daraus einen Schluß auf die Scheinnatur des Rechtsgeschäfts zu ziehen. Kremer[115]) erinnert daher mit Recht an die bei der Landbevölkerung üblichen und von den Gerichten stets als gültig angesehenen Gutsübertragungsverträge, bei denen die Eltern dem ältesten Sohne Haus und Hof „mit Lust und Last" übertragen, sich jedoch das lebenslängliche Nießbrauchs- und Verwaltungsrecht vorbehalten, so daß der Übernehmer eigentlich nur Eigentum dem leeren Schalle nach, ohne handgreifliche Befugnisse, erlangt.

Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten den vorliegenden Fall, so wird die Annahme eines Scheingeschäfts doch schon sehr zweifelhaft. Ferner ist noch zu bedenken, daß auch die Winzigkeit der Miteigentumsanteile einen sehr verständigen Grund hat. Die Beteiligten wollen den beabsichtigten Erfolg mit den geringsten

[114]) Schmitt, Deutsche Juristen-Zeitung 1912 S. 1041 ff.
[115]) Gesetz und Recht Bd. 12 Heft 13 S. 296, 197.

Digitized by Google

möglichen Mitteln erreichen[116]). Bekanntlich berechnet das Gericht seine Gebühren nach Wertstufen, und eine unnötige Verteuerung würde außerdem noch eintreten, wenn der Wert der auszutauschenden Anteile die stempelpflichtige Stufe von 150 ℳ erreichte. Auch die $^1/_{1000}$ Anteile klären sich auf diese Weise harmlos auf.

Schließlich ist auch die Annahme eines Scheingeschäfts mit dem Hinweis auf die oben dargelegten, mit der Übertragung von Miteigentumsanteilen notwendigerweise verbundenen rechtlichen Nachteile nicht zu begründen. Das Landgericht Münster, das dieses Argument mit Vorliebe verwendet, führt zwar folgendes aus[117]): „Es liegt auf der Hand, daß die Grundbesitzer sich diesen Einschränkungen nicht unterwerfen wollen. Die Nachteile, welche ihnen entstehen können, stehen in keinem Verhältnisse zu dem Vorteile, den sie durch eine Eigenjagd erwerben würden, und der doch lediglich in dem Jagdvergnügen bestehen würde. Und wenn die Grundbesitzer auch beteuern, daß ihnen die Folgen der Übertragung von Miteigentum klar sind, und daß sie diese Folgen auf sich nehmen wollen, so glauben sie eben nicht an ihren Eintritt oder haben sich möglicherweise irgendwie gegen sie zu schützen gesucht."

Abgesehen davon, daß es schon eine gefährliche Überspannung der ziviliſtischen Willenstheorie bedeutet, wenn man die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts davon abhängig macht, daß den Parteien alle nur eben möglichen rechtlichen Folgen desselben bekannt gewesen sind, geht aus der obigen Begründung aber auch hervor, daß die Parteien selbst diesen weitgehenden Anforderungen genügt haben. Denn wenn die Parteien nach Ansicht des Gerichts nicht an den Eintritt der Nachteile glauben, also mit anderen Worten ihn für unwahrscheinlich halten, und noch mehr, wenn sie sich möglicherweise gegen sie zu schützen gesucht haben, so haben sie nicht nur die Nachteile gekannt, sondern sogar die Möglichkeit des Eintritts in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen.

Ein anderer Standpunkt gegenüber der Anwendung des § 117 BGB. kann auch dann nicht angenommen werden, wenn die Grundbesitzer als Zweck der gegenseitigen Auflassung etwa die Einrichtung

---

[116]) Kremer a. a. O. S. 299.

[117]) Vgl. Beschluß des Kammergerichts vom 2. Dezember 1912, Johow, Jahrbuch Bd. 44 S. 213 ff., 221 und Urteil des Landgerichts Münster vom 21. Oktober 1913 in Sachen Winkelmann gegen Harling und Genossen.

Digitized by Google

eines gemeinschaftlichen Waldschutzes vorschützen[118]); denn die Angabe eines anderen Zweckes schließt die Ernstlichkeit der beabsichtigten Rechtsänderung, auf die allein es ankommt, nicht aus. Und selbst wenn die Grundbesitzer vereinbart hätten, daß jeder die Jagd nur auf den bisher ihm allein gehörigen Grundflächen ausüben sollte, so ist kein Grund ersichtlich, warum deswegen, weil, wie Ebner[119]) sich ausdrückt, „die Eigentumsübertragung alsdann nicht geschieht, um Rechte an den anderen Grundstücken zu erlangen, sondern lediglich, um durch formelle Erfüllung einer Gesetzesvorschrift für das eigene Grundstück ein Recht zu erwerben, das ihm nach den materiellen Vorschriften und nach der Absicht des Gesetzgebers nicht zustehen sollte", ein Scheingeschäft vorliegen sollte. Vielmehr könnte in solch einem Falle nur in Frage kommen, ob das Rechtsgeschäft etwa wegen Umgehung des Gesetzes nichtig ist.

Es ergibt sich somit, daß, wenn sich nicht irgendwie, z. B. durch Zeugenaussagen oder Parteieid[120]), feststellen läßt, daß die Beteiligten den Akt vor dem Grundbuchamte[121]) nur zum Scheine vorgenommen haben, die Annahme eines Scheingeschäfts nicht begründet werden kann.

Bauer[122]) hat gegen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts dann noch das schwere Geschütz des § 138 BGB. aufgefahren: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig." Er begründet seine Ansicht folgendermaßen: „Den strengen und soliden Grundsätzen der preußischen Jagdgesetzgebung über die Bildung selbständiger Jagdbezirke erscheint ein so billiges, „windiges" Verfahren, um zu einem Eigenreviere zu gelangen, ganz fremd. Alle gerecht Denkenden würden den Kopf schütteln, wenn die Eigentümer von aneinander grenzenden, mindestens 75 ha großen Grundbesitz durch solche in Wirklichkeit zu nichts verpflichtenden unschuldigen Zugeständnisse in die Lage kämen, aus dem Kreise der Jagdgenossen auszutreten, den Gemeindejagdbezirk zu entwerten,

---

[118]) Vgl. Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 15. März 1894, Bd. 26 S. 264 ff.

[119]) Zeitschrift für Polizei- und Verwaltungs-Beamte vom 1. Mai 1911 S. 199.

[120]) Im Verwaltungsstreitverfahren bekanntlich nicht zulässig.

[121]) Dem Grundbuchrichter selbst stehen Zwangsmaßregeln überhaupt nicht zu.

[122]) „Das Teckele" Bd. 6 Nr. 20 vom 9. Februar 1911 S. 155.

Digitized by Google

Trennstücke zu schaffen usw. Das Anstandsgefühl im Volksbewußtsein kann es unmöglich billigen, daß zwei oder mehr Personen die rechtlichen und tatsächlichen Schwierigkeiten der Jagdbezirksbildung spielend dadurch überwinden, daß sie sich $^1/_{1000}$ Anteil ihres Grundbesitzes (also gleichsam einen Pappenstiel) gegenseitig so auflassen, daß keiner von dem anderen etwas zu befürchten hat, während ihrem erheblichen Vorteile der empfindsame Nachteil der Jagdgenossen usw. gegenübersteht."

Man gewinnt jedoch aus den vorstehenden Sätzen den Eindruck, daß bei ihnen weniger das verletzte „Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden" [123]) als vielmehr nur der Ärger darüber, daß hier auf eine so geschickte einfache Weise Eigenjagdbezirke gebildet und die Interessen Dritter geschädigt werden, die Feder geführt hat. Bezeichnend ist auch gerade für diese Frage des Anstandsgefühls, daß Bauer mit seiner Ansicht weder in der Literatur noch der Praxis Anklang gefunden hat. Tatsächlich ist denn auch nicht einzusehen, warum es dem Durchschnittsmaße von Anforderungen, die der Geschäftsverkehr an Redlichkeit und Anstand stellt [124]), nicht entsprechen soll, wenn Grundbesitzer durch Übertragung winziger Miteigentumsanteile sich einen gemeinschaftlichen Eigenjagdbezirk zu verschaffen suchen. Weder Zweck noch Mittel sind sittenwidrig. Der Umstand aber, daß die finanziellen Interessen der Jagdgenossen und die jagdlichen Interessen der Jagdpächter geschädigt werden, genügt zur Begründung in keiner Weise. Es sind vielmehr von den Gerichten [125]) regelmäßig sogar die in der offenkundigen Absicht der Steuerersparung vorgenommenen Rechtsgeschäfte als nicht gegen die guten Sitten verstoßend erachtet worden, trotzdem hier die ausgesprochene Absicht der Schädigung der finanziellen Interessen des Staates oder der Gemeinden für die Wahl des Rechtsgeschäfts bestimmend war, während dort die Schädigung der gleichartigen oder gleichwertigen Interessen dritter Personen nur eine Nebenwirkung des Rechtsgeschäfts bildet, für seinen Abschluß aber nicht entscheidend ist.

---

[123]) Kommentar der Reichsgerichtsräte § 138 Anm. 1.

[124]) Reichsgerichts-Entscheidung in Zivilsachen Bd. 67 S. 102.

[125]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 25. Januar 1906, Deutsche Juristen-Zeitung 1906 S. 1155; Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 11. Juli 1913, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 35 S. 277.

Digitized by Google

Schließlich ist noch zu untersuchen, ob das vorliegende Rechtsgeschäft etwa wegen „Umgehung des Gesetzes" als in fraudem legis actum nichtig ist. Der Begriff „Umgehung des Gesetzes" ist nicht eindeutig; man versteht darunter sowohl sogenannte erlaubte wie unerlaubte Manipulationen. Nur im letzteren Falle aber hat der Begriff juristischen Wert.

Eine Gesetzesumgehung in diesem Sinne hat, wie Pfaff[126]), Kohler[127]), Hellwig[128]), Kuhlenbeck[129]) dargelegt haben, stets eine falsche wörtliche Auslegung des Gesetzes zur Grundlage. Die rechtliche Wirkung der Umgehung aber kann sich mangels einer positiv rechtlichen Bestimmung selbstverständlich nur aus dem Inhalte des betreffenden Gesetzes selbst ergeben; sie besteht also entweder in der Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts oder z. B. bei gewissen landesrechtlichen Vorschriften über Erwerbsbeschränkungen juristischer Personen in dem Erfordernisse der staatlichen Genehmigung zur Wirksamkeit[130]) oder bei anderen Gesetzen in der Entstehung einer privatrechtlichen Verbindlichkeit oder eines Steuer- oder Strafanspruchs[131]), oder auch bei Gesetzen, die an einen gewissen Tatbestand die Gewährung eines Rechtes knüpfen, in der Verweigerung dieses Rechtes.

Im vorliegenden Falle handelt es sich darum, ob die gegenseitige Übertragung von Eigentumsbruchteilen zum Zwecke der Bildung eines Eigenjagdbezirkes nichtig ist. Nach den vorstehenden Erörterungen kann dies aber nur dann der Fall sein, wenn das durch die Vornahme dieses Rechtsgeschäfts umgangene Gesetz ein sogenanntes Verbotsgesetz ist. Dies trifft aber bei dem § 4 JO., der allein in Frage kommt, nicht zu. Dieser knüpft vielmehr an einen bestimmten Tatbestand das Recht zur Bildung eines Eigen-

---

[126]) Zur Lehre vom in fraudem legis agere S. 156 ff.

[127]) Iherings Jahrbücher Bd. 16 S. 144 ff.

[128]) Archiv für civ. Praxis Bd. 64 S. 371 ff.

[129]) Blätter für Rechtsanwälte Bd. 70 S. 340.

[130]) Vgl. den interessanten Fall, den Binder, Deutsche Juristen-Zeitung 1905 S. 996 ff., behandelt, aber unrichtig entscheidet; denn das Prinzip, „ein Erfolg, den das Gesetz verhindern will, darf nicht auf Umwegen erreicht werden", erforderte wegen Umgehung des Art. 6 PrAG. zum Bürgerlichen Gesetzbuche nicht Nichtigkeit der Erbeinsetzung des Kaplans, sondern nur staatliche Genehmigung zur Wirksamkeit dieser Erbeinsetzung.

[131]) Ob die Anwendung der Analogie im Strafrecht und Steuerrecht ausgeschlossen ist, ist eine Frage des positiven Rechtes.

Digitized by Google

jagdbezirkes. Wegen angeblicher Umgehung dieser Vorschrift kann also das zur Erlangung dieses Rechtes vorgenommene Rechtsgeschäft nicht für nichtig erachtet, sondern es kann nur die Frage gestellt werden, ob die betreffenden Grundbesitzer mit der Vornahme des Rechtsgeschäfts ihren Zweck tatsächlich zu erreichen vermögen, also mit anderen Worten, ob das so geschaffene Miteigentumsverhältnis den Anforderungen des § 4 JO. entspricht, was erst in dem folgenden Abschnitte zu untersuchen ist.

Aus den vorstehenden Erörterungen ergibt sich auch die Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage, ob die gegenseitige Auflassung von Eigentumsanteilen etwa dann wegen Umgehung des Gesetzes nichtig ist, wenn die betreffenden Grundbesitzer die Auflassung in der offenkundigen, in einer besonderen Vereinbarung etwa festgelegten Absicht vorgenommen haben, daß jeder der Beteiligten die Jagd nur auf den ihm bisher allein gehörigen Grundstücken ausüben solle. Auch hier liegt keine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vor, denn keine Vorschrift verwehrt den Miteigentümern eines Eigenjagdbezirkes, sich gegenseitig zu verpflichten, die Jagd nur auf bestimmten Flächen des Jagdbezirkes auszuüben.

Endlich sei noch bemerkt, daß die hier über die Gültigkeit des „formellen" Miteigentums angestellten Untersuchungen in vollem Umfang auch für den Fall gelten, daß ein Grundbesitzer das „formelle" Eigentum an einer mehr oder minder großen benachbarten Fläche erwirbt, um auf diese Weise für sich allein das Recht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes zu erlangen.

3. Das Miteigentum der Jagdordnung.

Nachdem die bisherigen Untersuchungen ergeben haben, daß das von den Grundeigentümern vorgenommene Rechtsgeschäft als gültig zu erachten ist, bleibt, wie schon erwähnt, die Frage noch offen, ob das dadurch geschaffene Miteigentum den Anforderungen des § 4 JO. entspricht. Das Oberverwaltungsgericht[132]) bejaht diese Frage, weil in Ermangelung einer gegenteiligen Vorschrift jedes nach den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtsgültige Miteigentum für § 4 JO. in Betracht komme. Den gegenteiligen Standpunkt nimmt der Bezirksausschuß Münster ein und

[132]) Vgl. Entscheidungen Bd. 65 S. 324 ff.

Digitized by Google

rechtfertigt ihn in einer kürzlich ergangenen Entscheidung[133]) folgendermaßen: „Der Bezirksausschuß nimmt gegenüber der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts nach wie vor an, daß der Gesetzgeber ein Miteigentum im normalen Sinne als Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes erfordert hat, also ein Miteigentum, wie man ihm sonst im wirklichen Leben begegnet, und wie es zur Erfüllung wirtschaftlicher Bedürfnisse begründet wird, nicht aber das Zerrbild eines Miteigentums ohne realen Inhalt, wie es hier in Wirklichkeit praktisch wird. Selbstverständlich würde auch der Bezirksausschuß ein durch Erbgang erworbenes Miteigentum zu $^1/_{1000}$ Anteil als vollgültig anerkennen. Der Bezirksausschuß kann dies um so ruhiger aussprechen, als im praktischen Leben solche Erbquoten nicht vorkommen. Sollten sie aber ausnahmsweise einmal vorkommen, so bleiben sie ganz unschädlich, weil es eben vereinzelte Ausnahmen sind, welche die gewöhnliche Regelung des Jagdrechts unberührt lassen würden. Von dem vom Oberverwaltungsgericht eingenommenen Standpunkt aus, der von lediglich rechtlichen Ausführungen ausgeht, alles andere aber unberücksichtigt läßt, gelangt man zu einer Verkehrung des Grundgedankens, auf dem § 4 JO. beruht. Das von den Klägern geschaffene Miteigentum findet im Verkehre kein Seitenstück. Mit solch einem Miteigentume wird nicht dem Sinne und Zwecke der Jagdordnung entsprochen. Auf dem von den Klägern beschrittenen Wege würde es möglich sein, daß jeder Grundeigentümer, mag sein Grundbesitz noch so klein sein, sich das Recht der Ausübung der Jagd auf diesem Grundstücke verschaffen kann, sofern es ihm nur gelingt, ein Miteigentum an Grundstücken, die zusammen 75 ha umfassen und auch sonst den Erfordernissen des Eigenjagdbezirkes entsprechen, zu erwerben. Hierdurch wird aber der Zweck der Jagdordnung, die im Interesse der pfleglichen Behandlung der Jagd das Recht der Jagdausübung erst an das Vorhandensein einer Fläche von mindestens 75 ha knüpft, vereitelt."

Die Entscheidung des Bezirksausschusses baut sich also ganz auf praktischen Gesichtspunkten auf, und es muß mit Recht auffallen, daß das Oberverwaltungsgericht, dessen Rechtsprechung sich sonst gerade durch die Verwerfung des rein formalen Standpunkts

[133]) Urteil vom 25. Mai 1914 in Sachen Schulze-Severing und Genossen gegen Jagdvorsteher von Borghorst.

Digitized by Google

auszeichnet, zur Entscheidung dieser Frage, um moderne Schlagwörter zu gebrauchen, nicht die teleologische Methode anwendet, sondern mit den Mitteln der Begriffsjurisprudenz arbeitet. Der Bezirksausschuß hat daher auch mitunter versucht, seine gegenteilige Ansicht auf Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts aus anderen Rechtsgebieten zu stützen. So beruft sich z. B. das Urteil des Bezirksausschusses vom 27. Mai 1913[134]) auf die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts vom 4. April 1911[135]), in der es sich darum handelte, ob ein Gemeindeangehöriger, der sich $^1/_{100}$ Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstücke verschafft hatte, als Angesessener im Sinne von § 52 ö.LGO. anzusehen sei oder nicht. Das Oberverwaltungsgericht hatte hier festgestellt, daß die Übertragung des Anteils nur geschehen war, um dem Erwerber die Wahlfähigkeit zu verschaffen, und daß infolge besonderer Vereinbarungen die Wirkungen dieser Eigentumsübertragung für den Erwerber in wirtschaftlicher Beziehung von verschwindender Bedeutung waren, und daß die Beteiligten sogar mit einer Rückauflassung nach Erledigung der Wahlangelegenheit rechneten. Das Oberverwaltungsgericht fuhr dann fort: „Ein Eigentumserwerb, der unter derartigen Umständen und zu einem derartig geringen Miteigentumsanteil erfolgt, läßt erkennen, daß es den Vertragschließenden nur darauf ankam, dem A lediglich das formelle Miteigentum an dem Hause zu übertragen, um ihm dadurch die Eigenschaft als Angesessenen und die Wahlfähigkeit zu verschaffen. Damit wird aber dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht entsprochen; vielmehr würde es auf diese Weise möglich sein, die Anzahl der Angesessenen für die einzelne Wahl beliebig zu erhöhen und dadurch Personen in die Gemeindevertretung zu bringen, welche den vom Gesetzgeber vorausgesetzten Eigenschaften nicht entsprechen. Derartige Maßnahmen enthalten eine Umgehung des Gesetzes und reichen daher nicht aus, die gemeindeverfassungsrechtlich erforderliche Voraussetzung zu erfüllen."

Die Beweisführung des Oberverwaltungsgerichts in dieser Entscheidung deckt sich, wie man sieht, genau mit der des Bezirksausschusses in der vorliegenden Jagdrechtssache. Trotzdem hat das Oberverwaltungsgericht jede Bezugnahme auf jenes Urteil als ver-

[134]) In Sachen Schulze-Kelling und Genossen gegen Jagdvorsteher von Everswinkel.

[135]) Bd. 59 S. 77 ff.

Digitized by Google

fehlt zurückgewiesen [136]), und zwar deswegen, weil es sich hier um den privatrechtlichen Begriff des Miteigentums, dort aber um den öffentlichrechtlichen Begriff des Angesessenseins und die daraus folgende Wahlberechtigung handele und die bei der Prüfung der Ansässigkeit zu berücksichtigenden wirtschaftlichen Gesichtspunkte für die Feststellung des Miteigentums bedeutungslos seien.

Das Oberverwaltungsgericht ist also anscheinend der Überzeugung, daß im Gegensatze zum Privatrechte der Zweckgedanke im öffentlichen Rechte bei der Auslegung eine wesentliche Rolle zu spielen hat. Diese Ansicht dürfte zutreffend sein und ihre Begründung darin finden, daß sich unser Privatrecht noch durchweg auf dem Grunde logischer Begriffskonstruktion erhebt und daher nur in Ausnahmefällen eine Auslegung nach praktischen Gesichtspunkten zuläßt, das moderne Staats- und Verwaltungsrecht aber von dem Zweckgedanken des öffentlichen Wohles beherrscht wird [137]). Das Oberverwaltungsgericht irrt daher, wenn es in der obigen Entscheidung die unterscheidende Linie zwischen dem privatrechtlichen und dem öffentlichrechtlichen „Begriff" zieht; vielmehr kommt es darauf an, ob die auszulegende Vorschrift dem Privatrecht oder dem öffentlichen Rechte angehört. Im letzteren Falle sind dann erforderlichenfalls auch die dort sich findenden, sonst im Privatrechte heimischen Begriffe der sogenannten teleologischen Auslegung unterworfen. Das Oberverwaltungsgericht hat demgemäß z. B. in der Entscheidung vom 29. März 1904 [138]) es auch ausdrücklich abgelehnt, bei der Beurteilung der im § 16 östl. StO. vorkommenden Rechtsbegriffe „Besitz" und „Eigentum" gewisse, aus dem bürgerlichen Rechte sich ergebende Gesichtspunkte in Betracht zu ziehen, weil es sich hier um öffentliches Recht handele. Solches kommt aber auch im vorliegenden Falle nur in Frage. Denn wenn auch das Jagdrecht selbst gemäß § 2 JO. als Ausfluß des privaten Grundeigentumsrechts sich darstellt, so ist doch die im öffentlichen Interesse erfolgte Beschränkung der Ausübung desselben öffentlichrechtlicher Natur und das sich hieraus ergebende Recht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes öffentliches Recht, wie auch das Oberverwal-

---

[136]) Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 28. April 1913, Bd. 65 S. 331.

[137]) Vgl. Wolzendorff, Iherings Jahrbücher Bd. 64 S. 349 ff.

[138]) Bd. 45 S. 16 ff., 31.

Digitized by Google

tungsgericht[139]) selbst in seiner bekannten Stellungnahme zu der Frage der Bildung von neuen Eigenjagdbezirken während der laufenden Pachtperiode annimmt. Wenn also das Oberverwaltungsgericht die Verwertung des Zweckgedankens bei der Auslegung des § 4 JO. durch Berücksichtigung praktischer Gesichtspunkte grundsätzlich verwirft, so geht das jedenfalls zu weit.

Dagegen kann sich sehr wohl die Frage erheben, ob die vom Bezirksausschusse Münster vorgenommene Auslegung nicht deswegen unrichtig ist, weil nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes die Bildung der sogenannten $^1/_{1000}$ Eigenjagdbezirke zulässig ist, oder auch, wenn die gegenteilige Annahme des Bezirksausschusses zutrifft, weil die von ihm vertretene Auslegung zu weit geht.

Was die erste Frage angeht, so ist aus der Fassung des § 4 JO. allein keine Entscheidung zu gewinnen. Die Vorschrift spricht nur von Miteigentum und macht keine weiteren Unterschiede. Daraus ist allerdings zu folgern, daß, wenn keine anderen Gründe dagegen sprechen, mit dem Begriffe Miteigentum die Rechtsform des bürgerlichen Rechtes gemeint ist und demgemäß jedes nach dem bürgerlichen Rechte gültige Miteigentum für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes in Betracht kommt. Allein solche gegenteiligen Gründe liegen, wie die Entscheidung des Bezirksausschusses beweist, in der Tat vor, und nur eine am Wortlaute des Gesetzes klebende Rechtswissenschaft kann ihnen von vornherein jede Bedeutung für die Auslegung absprechen.

Schwerer wiegt schon der Einwand[140]), daß man bei der Beratung der Jagdordnung sich der Möglichkeit der Bildung von Eigenjagdbezirken durch Schaffung „formellen" Miteigentums bewußt gewesen ist, aber daß man trotzdem davon abgesehen hat, eine dies verhindernde Bestimmung in das Gesetz aufzunehmen. In der Kommission des Abgeordnetenhauses war nämlich der Antrag gestellt worden[141]), daß die Bildung des Eigenjagdbezirkes unzulässig sein sollte, wenn nach den unter den Parteien bestehenden Verabredungen die Eigentumsbefugnisse auf die als Eigentümer oder

[139]) Entscheidung vom 24. November 1892, Bd. 24 S. 283 ff. — Entscheidung vom 3. Juli 1902, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 23 S. 754.

[140]) Vgl. z. B. Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 17. Juni 1912, Bd. 65 S. 323.

[141]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band, Drucksache Nr. 322 S. 11, Antrag Nr. 10.

Digitized by Google

Miteigentümer Eingetragenen in Wirklichkeit nicht übergegangen seien. Der Vertreter des Justizministers wies aber darauf hin [142]), daß der Antrag überflüssig sei, weil im Falle eines Scheingeschäfts ein Eigentumsübergang nicht stattfinde. Der Antrag wurde dann von der Redaktionskommission dahin abgeändert [143]), daß die Bildung eines Eigenjagdbezirkes unzulässig sein sollte, wenn sich aus den Umständen ergebe, daß das Eigentum oder Miteigentum erworben worden sei, um die Bildung eines Eigenjagdbezirkes zu ermöglichen. Die Kommission lehnte aber den Antrag endgültig ab [144]), weil „dadurch an sich legalen Geschäften selbstverständliche Konsequenzen abgesprochen", „reelle Geschäfte also getroffen werden sollten". Der Grund der Ablehnung ist im Gegensatze zu der Darstellung der Vorgänge bei Ebner [145]) also nicht die Befürchtung gewesen, „es könnten auch reelle Fälle getroffen werden", sondern vielmehr die Erwägung, daß der Antrag sich überhaupt auf reelle Fälle oder an sich legale Geschäfte beziehe und es nicht angebracht sei, den Beteiligten die selbstverständliche Konsequenz derartiger gültiger Rechtsgeschäfte, nämlich das Recht zur Bildung von Eigenjagdbezirken, abzusprechen. Man muß also hieraus entnehmen, daß die Kommission davon überzeugt war, daß, falls kein Scheingeschäft vorliege, die betreffenden Miteigentümer stets befugt seien, einen Eigenjagdbezirk zu bilden.

Gerade für die teleologische Auslegung, deren erste Aufgabe die Feststellung des Zweckes und Sinnes eines Gesetzes ist, ist gewiß der Wert der Gesetzesmaterialien nicht zu unterschätzen. Aber bei ihrer Benutzung ist Vorsicht geboten. Denn eine ausschlaggebende Bedeutung kann den dort zutage tretenden Ansichten dann nicht beigemessen werden, wenn es sich nur um rechtliche Überzeugungen handelt, an die ferner in dem Gesetze selbst keine weiteren Folgerungen geknüpft sind. Denn dann haben die von einzelnen Abgeordneten vertretenen unwidersprochen gebliebenen Auffassungen oder die in den Beschlüssen der Kommissionen oder des Plenums zutage getretenen Ansichten nicht im geringsten den Charakter authentischer Deklarationen, sondern nur die Bedeutung wissenschaftlicher An-

---

[142]) A. a. O. S. 13/14.
[143]) A. a. O. S. 71 § 2 Abs. 3.
[144]) A. a. O. S. 16.
[145]) S. 124.

Digitized by Google

sichten, deren Wert von den vorgebrachten Gründen abhängt. Auch im vorliegenden Falle handelt es sich aber nur um eine von der Kommission vertretene rechtliche Überzeugung, die im Gesetze selbst keinen Niederschlag gefunden hat, und die überdies durch irgendwelche Gründe nicht gestützt wird.

Von Wichtigkeit ist dagegen die bereits oben erwähnte Ablehnung eines Antrags Schulenburg bei der Beratung des Jagdpolizeigesetzes in der zweiten Kammer. Die Materialien dieses Gesetzes kommen deswegen noch jetzt in Betracht, weil bekanntlich § 4 JO. wenigstens in seinen grundlegenden Bestimmungen kein neues Recht schafft und betreffs der rechtlichen Voraussetzungen für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes mit § 2 JPG. sogar genau übereinstimmt. Der Antrag [146]) ging dahin, die Bildung ebenso, wie bereits vorgesehen, den „gemeinschaftlich besitzenden Grundbesitzern" so auch „mehreren Besitzern solcher benachbarter Grundstücke, die in ihrem Zusammenhange durch kein fremdes Grundstück unterbrochen werden und zusammen wenigstens einen Flächenraum von 300 Morgen enthalten", zu gestatten. Er war unter anderem damit begründet, daß sonst fast alle Kolonatsbesitzer in Westfalen von der eigenen Ausübung des Jagdrechts ausgeschlossen wären. Indem die II. Kammer ihn jedoch ohne jede Debatte ablehnte [147]), brachte sie zum Ausdrucke, daß sie die Bildung derartiger Eigenjagdbezirke nicht wünschte.

Hier handelt es sich nicht um irgend eine rechtliche Überzeugung, sondern um die Entscheidung einer Zweckmäßigkeitsfrage durch einen der maßgebenden gesetzgebenden Faktoren. Diese Ansicht der zweiten Kammer ist daher in der Tat von hohem Werte, um festzustellen, ob die $^1/_{1000}$ Jagdbezirke mit dem Sinne und der Absicht des Gesetzes zu vereinen sind. Dies ist zu verneinen, denn praktisch wird durch die Bildung derartiger Jagdbezirke nichts anderes erreicht, als was die zweite Kammer gerade durch die Ablehnung des Antrages Schulenburg verhindern wollte.

Bedenkt man ferner, daß nach der übereinstimmenden Ansicht der Regierung, der ersten und der zweiten Kammer [148]) mit dem Erlasse des Jagdpolizeigesetzes beabsichtigt war, aus Gründen

[146]) II. Kammer 1850, Stenographischer Bericht S. 3242.

[147]) A. a. O. S. 3249.

[148]) Vgl. Stenographischer Bericht II. Kammer 1850 S. 3230 und S. 3241 ff.

Digitized by Google

sicherheitspolizeilicher und sozialpädagogischer Natur und aus Rücksicht auf die Erhaltung eines guten Wildstandes zu verhindern, daß jeder Grundbesitzer seiner Jagdleidenschaft nachgehen könne, so wird man auch aus diesen Erwägungen heraus in der Ansicht bestärkt werden, daß die Bildung der $^1/_{1000}$ Jagdbezirke dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nicht entspricht.

Der Auffassung des Bezirksausschusses Münster ist daher insoweit zuzustimmen. Dagegen muß gegenüber Brüning betont werden, daß der Umstand, daß das Jagdpolizeigesetz nach seinen Motiven die Bildung allzu kleiner Jagdbezirke vermieden sehen wollte, nicht ausreicht, um die Bildung von Eigenjagdbezirken durch gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen für unvereinbar mit dem Gesetze zu erachten. Denn das unzulässige Ergebnis — so viele Höfe, so viele Eigenjagden — wird hierdurch gar nicht erreicht, weil auch hier nur ein mindestens 75 ha umfassender Eigenjagdbezirk gebildet wird, also die vom Gesetze für die Pflege des Wildstandes aufgestellte Voraussetzung erfüllt ist. Vielmehr ist bei der Begründung das Gewicht, wie geschehen, vor allem darauf zu legen, daß der Antrag Schulenburg abgelehnt worden ist, und ferner darauf, daß das Jagdpolizeigesetz aus den angeführten volkswirtschaftlichen, sicherheitspolizeilichen und sozialpädagogischen Gründen gerade verhindern wollte, daß jeder Grundbesitzer rechtlich in der Lage wäre, das Jagdrecht auszuüben.

Es bleibt jetzt noch zu untersuchen, ob die vom Bezirksausschusse vorgenommene Auslegung nicht unrichtig ist, weil sie zu weit geht. Schon seine Ausführungen über die Zulässigkeit der Jagdbezirksbildung bei winzigen Erbquoten in dem obigen Urteile müssen stutzig machen. Der Umstand, daß derartige Fälle vereinzelte Ausnahmen darstellen, welche die gewöhnliche Regelung des Jagdrechts durch die Jagdordnung unberührt lassen, kann nicht entscheidend sein; denn von diesem Standpunkt aus hätte man, da nicht vorauszusehen war, daß so viele Grundbesitzer auf Kosten ihrer Rechtslage, insbesondere ihrer Kreditfähigkeit, Befriedigung ihrer Jagdleidenschaft zu erreichen suchen würden, die ersten, ganz vereinzelten Versuche, einen Eigenjagdbezirk durch gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen zu bilden, auch für zulässig erachten müssen. Es scheint vielmehr, daß bei dem Gedankengange des Bezirksausschusses die früher weit verbreitete Ansicht[149]) eine Rolle spielt,

[149]) Vgl. Pfaff S. 83 ff.

Digitized by Google

daß eine „Umgehung des Gesetzes" nur beim Vorhandensein einer Art von rechtswidriger Absicht vorliege und hiervon bei dem durch Erbgang geschaffenen Miteigentume nicht gesprochen werden könne. Allein diese Erwägung ist irrig. Denn die Verweigerung des Rechtes zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes stellt nicht einen Rechtsnachteil für eine etwaige rechtswidrige Absicht, die überdies bei den betreffenden Bauern, die auf Grund der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts davon überzeugt sein können, nur ihr Recht auszuüben, oft gar nicht mehr vorhanden ist, dar, sondern beruht auf objektiven Gründen, und der Bezirksausschuß hätte daher folgerichtig auch das durch Erbgang geschaffene Zerrbild des Miteigentums für ungeeignet erachten müssen.

Hiermit erhebt sich das weitere Bedenken, daß der Bezirksausschuß als Kriterium für die Zulässigkeit von Eigentum oder Miteigentum bei der Bildung von Eigenjagdbezirken Begriffe aufstellt, die keine fest umrissene Umgrenzung haben, daher dem Richter ein zu weites freies Ermessen einräumen und für die Parteien sehr gefährlich sind; denn die Grenze zwischen einem Miteigentume, „wie man ihm sonst im wirklichen Leben begegnet", oder „wie es zur Erfüllung wirtschaftlicher Bedürfnisse begründet wird", und einem „Zerrbilde des Miteigentums" „ohne realen Inhalt", wie es bei der gegenseitigen Auflassung von Eigentumsbruchteilen „in Wirklichkeit praktisch wird", auch nur annähernd zu bestimmen, ist außerordentlich schwierig. Kremer[150]) fragt mit Recht: „Soll ½ genügen, $^1/_{100}$, aber nicht mehr? Mit welchem Rechte? Die Beteiligten würden gern, falls ihnen die erlaubte Grenze mit Sicherheit angezeigt werden könnte, die Anteilgröße entsprechend höher bemessen. Im wirtschaftlichen Erfolg — abgesehen von der Gerichtskostenrechnung — ist es nämlich an sich eigentlich gleichgültig, ob $^1/_{10}$ oder $^1/_{100}$ oder $^1/_{1000}$ der Güter gegenseitig übereignet wird."

Diese Bedenken, die sich auch durch eine schärfere Formulierung der angewandten Begriffe wohl kaum aufheben lassen, lassen erkennen, daß der Bezirksausschuß mit der gemachten Unterscheidung zwischen dem Miteigentume, wie es zur Befriedigung wirtschaftlicher Bedürfnisse begründet wird, und dem Miteigentum ohne realen Inhalt nicht auf dem richtigen Wege gewesen ist. Daß die erforderliche einschränkende Auslegung des § 4 JD. gerade auf diese

[150]) Gesetz und Recht Bd. 12 S. 299.

Digitized by Google

Weise zu erfolgen habe, läßt sich auch nicht als Sinn des Gesetzes annehmen. Die offenkundige Absicht desselben geht nur dahin, die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aus benachbarten Besitzungen verschiedener Grundbesitzer zu verhindern. Es läßt sich jedoch in keiner Weise erkennen, daß die Befugnis zur eigenen Ausübung des Jagdrechts in gleicher oder ähnlicher Weise wie die Wahlfähigkeit der „Angesessenen" und der „Hausbesitzer", denen man gerade wegen ihrer wirtschaftlichen, mit dem Gedeihen der Gemeinde eng verknüpften Stellung einen erhöhten Einfluß auf die Gemeindeverwaltung sichern wollte [151]), davon abhängig gemacht werden sollte, daß der betreffende Eigentümer oder Miteigentümer auch in wirtschaftlichem Sinne Herrschaftsbefugnisse besäße. Es wird die Aufgabe der folgenden Untersuchung sein, zu zeigen, daß dem „richtigen Rechte" auch durch eine in rechtlich einwandfreier Form erfolgende Auslegung des § 4 JD. zum Siege verholfen werden kann.

4. Die Einheitlichkeit des Miteigentums.

Wenn A, B und C sich gegenseitig $^1/_{1000}$ Miteigentum an ihren Besitzungen übertragen, so hat das zur Wirkung, daß das Eigentum an der Besitzung a zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem A und zu je $^1/_{1000}$ Anteil dem B und C, das Eigentum an der Besitzung b zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem B und zu je $^1/_{1000}$ Anteil dem A und C und endlich bei der Besitzung c zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem C und zu je $^1/_{1000}$ Anteil dem A und B zusteht. Die Anteilsquoten der Beteiligten an jeder der Besitzungen, die zusammen den Jagdbezirk bilden sollen, sind also verschieden. Wären sie gleich, hätte A an jeder Besitzung $^{998}/_{1000}$, B und C dementsprechend an jeder Besitzung nur $^1/_{1000}$ Anteil, so wären A, B und C, da Miteigentum an Teilen zu demselben Bruchteil auch Miteigentum am Ganzen bedeutet, im Verhältnisse von 998 : 1 : 1 Miteigentümer der Gesamtfläche, die den Jagdbezirk bilden soll. Der Grundbuchrichter könnte in diesem Falle keine Bedenken tragen, die wirtschaftlich drei Besitzungen bildenden Grundflächen auf ein Grundbuchblatt zu vereinigen und A, B und C als Miteigentümer zu den genannten Bruchteilen einzutragen.

---

[151]) Vgl. z. B. Oberverwaltungsgerichts-Entscheidung vom 22. März 1912, Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 33 S. 820.

Digitized by Google

Anders liegt die Sache jedoch, wie Brüning[152]), dessen Untersuchungen hier zugrunde gelegt werden, hervorhebt, „wenn, wie in unserem Falle, die Stückquoten differieren, mögen die Teilflächen selbst gleich groß sein oder nicht. Dann geht es nicht an zu sagen: den Stückquoten entspricht im Verhältnisse der Größe der Teilflächen zueinander die Quote x an der Gesamtfläche. Um dieses x ermitteln zu können, müßten wir einen weiteren Faktor kennen, das Wertverhältnis der Teilflächen. Eben deswegen wird auch der Grundbuchrichter in diesem Falle sich weigern, solange nicht durch einen besonderen rechtsgeschäftlichen Akt die Beteiligten sich über die einzutragende Quote x, den Bruchteil am Ganzen, geeinigt haben. Eine solche rechtsgeschäftliche Einigung hat aber nicht stattgefunden, sie ist auch nicht beabsichtigt. Die Teilflächen, die Höfe, sollen ihre wirtschaftliche und rechtliche Sonderexistenz behalten, hier soll der Wille des A, dort der des B, dort der des C der herrschende sein. So entspricht es auch dem Gesetze: jeder Hof wird für sich nach den gesetzlichen Regeln der Gemeinschaft verwaltet, d. h. der größere Anteil gibt die entscheidende Stimme (§ 745 BGB.). Die Höfe bleiben, was sie waren, Stücke des als Jagdbezirk gewollten Ganzen, die durch keine rechtliche Beziehung zu einer Einheit verbunden sind, mögen auch die jedesmaligen Eigentümer dieselben Personen sein." Brüning ist nun der Meinung, daß Miteigentum im Sinne von § 4 JD. nur das Eigentum an der Gesamtfläche und das hiermit identische Miteigentum an Teilflächen zu gleichen Stückquoten sei. Dagegen habe das Miteigentum an Teilflächen zu ungleichen Stückquoten nicht die Kraft, das Recht der Eigenjagd zu erzeugen, weil das praktische Endergebnis der gegenteiligen Annahme: „so viele Höfe, so viele Eigenjagden", nach der Absicht des Gesetzes gerade vermieden werden sollte. Diese Begründung ist jedoch, wie schon oben bemerkt, insoweit nicht zutreffend, als tatsächlich aus den verschiedenen Höfen nur ein Jagdbezirk von der vorgeschriebenen Mindestgröße gebildet wird.

Außer Brüning hat auch die Königl. Staatsregierung[153]) die Ansicht vertreten, daß vom Standpunkte des geltenden Rechtes aus nichts dagegen eingewendet werden könne, wenn die sämtlichen

[152]) Münster. Anzeiger vom 28. Februar 1913 Nr. 155.

[153]) Erlaß vom 26. Juli 1912, I B I d 4100 M. f. L., I 5149 J.-M., IV a 6252 M. d. J.

Digitized by Google

Flächen, die den Eigenjagdbezirk bilden sollen, so zusammengelegt werden, daß jeder Miteigentümer an jeder dieser Flächen Miteigentum zu demselben Bruchteile habe. Denn § 4 JO. bestimme ausdrücklich, daß beim Miteigentume die zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes geeigneten Flächen denselben Miteigentümern gehören müssen, habe also offenbar nur ein und dasselbe Miteigentumsverhältnis im Auge, nicht aber verschiedene Miteigentumsverhältnisse, bei denen nur zufällig dieselben Personen beteiligt seien.

Dagegen hat das Oberverwaltungsgericht in der Entscheidung vom 2. Februar 1912[154]) ausgeführt: „Endlich kann die Rechtsgültigkeit des Miteigentums der Kläger und damit die Zulässigkeit der Bildung des Eigenjagdbezirkes auch nicht deshalb beanstandet werden, weil die Anteile der Kläger an den in die Gemeinschaft eingebrachten Grundstücken verschieden bemessen worden sind. Das Erfordernis gleicher Anteile läßt sich weder für die Gesamtfläche noch für deren einzelne Bestandteile aus § 1008 BGB. herleiten und kann deshalb auch für § 4 JO. nicht aufgestellt werden." Ob das Oberverwaltungsgericht sich jedoch der Tragweite der in dieser kurzen Bemerkung niedergelegten Ansicht bewußt gewesen ist, kann bezweifelt werden. Man durfte zum mindesten erwarten, daß das Oberverwaltungsgericht bei dieser Gelegenheit zu der sonst stets von ihm vertretenen Lehre von der bei Eigenjagdbezirken erforderlichen „Identität des Eigentums" oder der „Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses" Stellung genommen hätte.

Schon in einer Entscheidung vom 1. November 1888[155]) wird die „Einheitlichkeit des Eigentumsverhältnisses" als wesentliche Voraussetzung der Bildung eines Eigenjagdbezirkes erklärt. In einem Urteile vom 9. April 1906[156]) heißt es dann: „Das Vorhandensein der in erster Linie erforderlichen Einheitlichkeit des Eigentumsverhältnisses kann nur festgestellt werden durch eine Prüfung der gesamten für die Besitzung in Frage kommenden Eigentumsverhältnisse. Findet sich bei dieser Prüfung, daß dem Erfordernisse der Einheitlichkeit des Eigentumsverhältnisses bei einem Miteigentümer nicht genügt ist, so kann § 2a JPG. überhaupt nicht zur Anwendung kommen." Schließlich wird in dem Bescheide[157])

---

[154]) Bd. 65 S. 324 fg., 328.
[155]) Bd. 17 S. 341 ff., 347.
[156]) Schultz, Jahrbuch Bd. 3 S. 218.
[157]) Ebenda, Jahrbuch Bd. 7 S. 74.

Digitized by Google

vom 11. November 1909 ausgeführt: „Das erste Erfordernis für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes ist die Identität des Eigentums an den in Frage stehenden Grundflächen. Sie müssen, wenn Einzeleigentum in Frage kommt, derselben physischen oder juristischen Person oder beim Miteigentume derselben Mehrheit von physischen oder juristischen Personen gehören."

Die erwähnten Begriffe können nach ihrem Wortlaute nur bedeuten, daß sich das Eigentum oder das Miteigentum einheitlich über die gesamten in Betracht kommenden Flächen erstrecken muß, oder daß, wenn Teile dieser Flächen grundbuchrechtlich eine gesonderte Existenz führen, ihre Eigentumsverhältnisse identisch, d. h. nach Inhalt und Subjekt dieselben sein müssen. Mit Unrecht legt die letzte Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts das alleinige Gewicht auf die Identität der Personen. Denn wenn die Personen identisch sind, so ist damit noch nicht die geforderte Identität des Eigentums oder die Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses gegeben, wie gerade der hier zur Untersuchung stehende Fall beweist. Denn man kann nicht behaupten, daß, wenn in dem einen Falle das Eigentum zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem A und zu je $^{1}/_{1000}$ Anteil dem B und C, im anderen Falle aber zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem B und zu je $^{1}/_{1000}$ Anteil dem A und C und schließlich im dritten Falle zu $^{998}/_{1000}$ Anteil dem C und zu je $^{1}/_{1000}$ Anteil dem A und B zusteht, hier für die gesamten den Jagdbezirk bildenden Flächen ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt, oder daß das Eigentum in den drei Fällen identisch ist.

Aus der Fassung des Gesetzes ist zur Entscheidung der Frage, ob im Falle des Miteigentums Identität der Person genügt, oder ob die Einheitlichkeit des Miteigentums hinzutreten muß, weder nach der einen noch nach der anderen Seite hin eine klare Antwort zu gewinnen. Die Jagdordnung verlangt, daß die Grundflächen beim Miteigentume „denselben Miteigentümern" gehören müssen, und spricht bei den selbständigen Eigenjagdbezirken (§§ 9 und 10 JO.) von Grundflächen, die „im Miteigentume mehrerer stehen". Auf den ersten Blick scheint das Gesetz somit ausschließlich die Identität der Personen zu betonen; wenn daher die Königliche Staatsregierung in dem erwähnten Erlaß aus dem Wortlaute des Gesetzes folgert, daß dieses offenbar nur ein und dasselbe Miteigentumsverhältnis im Auge habe, so kann diesen Erwägungen nicht ohne weiteres zugestimmt werden.

Digitized by Google

Andererseits ist aber auch zu beachten, daß in dem Satze: „Eigenjagdbezirke können gebildet werden aus solchen, demselben Eigentümer, beim Miteigentume denselben Miteigentümern gehörigen Grundflächen", die Worte „denselben Miteigentümern" in sprachlichem Zusammenhange mit den Worten „demselben Eigentümer" stehen. Mit letzteren Worten hat man die Möglichkeit ausgeschlossen, daß aus Grundflächen, die zu einem Teile dem A, zum anderen Teile dem B allein gehören, ein Eigenjagdbezirk gebildet werde. Es ist daher anzunehmen, daß auch mit den anderen Worten nur die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aus solchen Flächen, die zwar zu einem Teile im Miteigentume mehrerer Personen stehen, zum anderen Teil aber nicht diesen, sondern anderen Personen gemeinschaftlich gehören, verhindert werden, nicht aber, daß mit den betreffenden Worten außerdem noch die nur beim Miteigentum auftretende Frage, ob neben der Identität der Personen auch Identität des Miteigentums vorliegen müsse, im verneinenden Sinne entschieden werden soll. Die Annahme des Gegenteils liegt vielmehr näher, wenn man erwägt, daß von jemand, der an einem Grundstücke $^{998}/_{1000}$, an einem anderen Grundstücke $^{1}/_{1000}$ Eigentumsanteil besitzt, nur körperlich, nicht aber rechtlich als von „demselben" Miteigentümer gesprochen werden kann.

Von Brüning[158]) ist noch auf folgendes aufmerksam gemacht worden: Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes ist nach § 4 JD., daß „die Grundflächen" im Miteigentume stehen, oder in der Sprache des Gesetzes (§ 1008 BGB.), daß das Eigentum an „der Sache" mehreren nach Bruchteilen zusteht. „Sache" ist ein natürlicher Begriff. Jeder Bauernhof ist eine Sache. Zwei oder drei Höfe bleiben nach dem Sprachgebrauche zwei oder drei Sachen, solange sie nicht durch eine rechtliche Gemeinschaft verbunden sind. Im vorliegenden Falle besitzt auch nach der gegenseitigen Auflassung jeder Hof seine eigene rechtliche Verwaltung und eigene Willensorganisation (§ 745 BGB.). Die zwei oder drei Höfe, die den Jagdbezirk bilden sollen, stellen also nicht eine Sache, sondern zwei oder drei Sachen im Sinne des Gesetzes dar. Die Bildung des Jagdbezirkes ist also unzulässig, weil auch nach der Schaffung der Miteigentumsverhältnisse nicht an dem Jagdrevier als solchem, sondern nur an seinen verschiedenen Teilen Miteigentum besteht.

[158]) A. a. O.

Digitized by Google

Diese Ansicht von Brüning bedeutet nicht etwa nur eine etwas gekünstelte begriffliche Auslegung. Es ist vielmehr in der Tat nicht ersichtlich, warum Personen, die am Jagdrevier als Ganzem kein Miteigentum, vielmehr nur an den verschiedenen Teilen desselben verschiedene Miteigentumsanteile besitzen, das Recht zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes lediglich deswegen zustehen soll, weil sie als Miteigentümer des einen Teiles und Miteigentümer der anderen Teile dieselben Personen sind. Schon aus diesem Grunde muß daher, da, wie dargelegt, auch die Fassung des Gesetzes nicht zur Annahme der gegenteiligen Meinung zwingt, die Brüning-sche Ansicht als richtig anerkannt werden. Anklänge an sie finden sich bereits mehrfach in der Literatur.

Schon die vom Oberverwaltungsgerichte mit feinem juristischem Takte geprägten Rechtsbegriffe der „Identität des Eigentums" und der „Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses" bringen, wie gezeigt, zum Ausdrucke, daß eine nicht auf der Identität des Eigentums selbst beruhende, nur „zufällige" Identität der Miteigentümer nicht genügt. Ferner ist zu bemerken, daß der Bezirksausschuß Münster in neueren Entscheidungen [159]) seine bekannte Stellungnahme damit rechtfertigt, daß durch die gegenseitige Auflassung von Eigentumsbruchteilen nur an getrennten Besitzobjekten voneinander verschiedene Miteigentumsrechte begründet würden, die Gesamtfläche also nicht in demselben Miteigentume stände; denn Objekt der verschiedenen Miteigentumsrechte wäre nicht die Gesamtfläche als Ganzes, wären vielmehr nur die Teilflächen, und zwar zu ganz verschiedenen Anteilen. Auch die Ausführungen Stellings [160]) zu § 2 Abs. 5 der hannoverschen Jagdordnung, nämlich: „Miteigentum an einer solchen Fläche, d. h. an dem rechtlich und wirtschaftlich selbständigen, jagdrechtlich einheitlichen und ungetrennten Ganzen eines Jagdbezirkes, d. i. an seiner Gesamtfläche, so daß jeder Miteigentumsbruchanteil die 300 Morgen betragende Fläche als Ganzes ungeteilt umfaßt, jeder Miteigentümer also in betreff seiner ideellen Anteilsquote an der ganzen Fläche Alleineigentümer ist", lassen trotz der schwer verständlichen Ausdrucksweise erkennen, daß seiner Ansicht nach nur bei einem einheitlichen Miteigentum an dem Jagdrevier als Ganzem von „mehreren Miteigentümern an einer solchen

[159]) Vgl. z. B. Entscheidung vom 20. Februar 1915 in Sachen Schulze-Harling und Raving gegen Jagdvorsteher Amelsbüren.

[160]) Hannoversche Jagdgesetze, § 2 der Jagdordnung Anm. 16 S. 69.

Digitized by Google

Fläche" im Sinne von § 2 Abs. 5 Hann.JD. die Rede sein kann. Ebenso ist nach Goercke[161]) die grundsätzliche Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes „das einheitliche Eigentum an seiner Grundfläche" und auch Kunze-Kühnemann[162]) verlangen, daß die Grundflächen „einer identischen Eigentumsherrschaft unterliegen", folgern daraus allerdings, in gleicher Weise wie das Oberverwaltungsgericht, irrtümlich nur die Identität der Personen.

Daß auch mit dem Sinne und Zwecke des Gesetzes nur die Einheitlichkeit des Miteigentums vereinbar ist, ergibt sich aus der bereits mehrfach erwähnten Ablehnung des Antrags Schulenburg durch die Zweite Kammer, wodurch diese zu erkennen gab, daß die Bildung eines Eigenjagdbezirkes aus verschiedenen rechtlich selbständigen Kolonaten unzulässig sein sollte, und diese Ansicht findet ferner, wenn auch wohl nicht ihre allein hinreichende Begründung, so doch ihre Bestätigung in der Erwägung, daß andernfalls die vom Jagdpolizeigesetze verfolgten allgemeinen nationalökonomischen, sicherheitspolizeilichen und sozialpädagogischen Ziele nicht zu erreichen wären.

Die vorstehende Auslegung arbeitet mit festumgrenzten Begriffen, steht auch der Bildung eines Eigenjagdbezirkes nicht entgegen, wenn bei einem infolge Erbganges entstandenen Miteigentum an dem Jagdrevier einzelnen Miteigentümern nur sehr geringe Anteile zustehen, macht jedoch die gefährliche Bildung von Eigenjagdbezirken durch gegenseitige Übertragung von Eigentumsbruchteilen unmöglich. Denn daß der westfälische Bauer die Eigentumsherrschaft über seinen Hof so weit preisgeben würde, daß er nur noch einen dem Werte seines Hofes entsprechenden Miteigentumsanteil an dem Jagdreviere behielte, steht nicht zu befürchten. Sollte jedoch tatsächlich die Jagdleidenschaft einmal über das Gefühl, eigener Herr auf dem Hofe zu sein, das die Beteiligten bei dem bisher beliebten Verfahren noch haben durften, siegen, so würden in der Tat vom jagdrechtlichen Standpunkt aus ebensowenig Einwendungen dagegen erhoben werden können, wie in dem Falle, daß ein Grundbesitzer zur Bildung eines Einzeleigenjagdbezirkes das mehr oder minder formelle Eigentum an benachbarten Grundstücken erwirbt.

Jetzt kann auch die anfangs offen gelassene Frage beantwortet werden, ob ein Eigenjagdbezirk gebildet werden kann, wenn den-

[161]) § 4 Anm. 3 S. 34.

[162]) § 4 Anm. 2 und 3 S. 29—30.

Digitized by Google

selben Personen der eine Teil der Fläche als Eigentum zur gesamten Hand, der andere Teil als Miteigentum nach Bruchteilen gehört. Die Frage ist nach den vorstehenden Ausführungen grundsätzlich zu verneinen, weil in solch einem Falle kein einheitliches Miteigentum an dem ganzen Jagdreviere besteht. Man wird daher z. B. die Bildung eines Eigenjagdbezirkes für unzulässig zu halten haben, wenn der eine Teil der Grundstücke auf die Firma einer offenen Handelsgesellschaft eingetragen ist oder zum Gesamtgut einer allgemeinen Gütergemeinschaft gehört, an dem anderen Teile der Grundstücke aber den Inhabern der offenen Handelsgesellschaft oder den Eheleuten [163]) Miteigentum nach Bruchteilen zusteht [164]). Nur dann wird man in solchen Fällen einheitliches Miteigentum am Jagdrevier annehmen können, wenn man beim Gesamteigentume der Theorie von den latenten Quoten folgt und jeder Beteiligte an allen Teilen der in Betracht kommenden Fläche denselben Eigentumsanteil hat.

5. Abänderungsvorschlag.

Da das Oberverwaltungsgericht in zahlreichen Entscheidungen die Bildung von Eigenjagdbezirken auf Grund gegenseitiger Übertragung von Eigentumsbruchteilen für zulässig erklärt und seine Ansicht durch den Abdruck von nicht weniger als fünf derartigen Entscheidungen im Bd. 65 der amtlichen Sammlung bekanntgegeben hat, kann nicht damit gerechnet werden, daß es seinen Standpunkt aufgeben und sich der vorstehenden Auslegung anschließen wird. Auch die Inanspruchnahme der ordentlichen Gerichte durch die Jagdpächter wird, selbst wenn sich das Reichsgericht der Ansicht des Landgerichts Münster anschließen und die betreffende einstweilige Verfügung aufrechterhalten sollte, nicht zu einem dauernden befriedigenden Ergebnisse führen können. Zwar ist der Jagdpächter, wie eben dargelegt, dann in der Lage, mit einer einstweiligen Verfügung oder einer Klage auf Unterlassung gegen die Miteigentümer vorzugehen, selbst wenn diese von dem Oberverwaltungsgerichte bereits ein ob-

---

[163]) Vorbehaltsgut § 1440 BGB. Um jeden Zweifel zu beseitigen, sei bemerkt, daß nicht etwa die betreffende Fläche selbst Vorbehaltsgut bilden kann, sondern nur der jedem der Eheleute zustehende Miteigentumsanteil für sich.

[164]) So Stelling: Hannoversche Jagdgesetze S. 86 III a. A.; Kunze-Kühnemann S. 29 Anm. 2, Dalcke-Delius S. 175 Anm. 5; Ebner S. 124 α, β.

Digitized by Google

siegendes Urteil erlangt haben oder noch erlangen sollten. Aber die Sachlage wird bei der nächsten Neuverpachtung anders. Der alte Jagdpächter verliert mit dem Ablaufe des Pachtvertrags seine Aktivlegitimation; der Jagdvorsteher ist, falls das Oberverwaltungsgericht ihn zur Anerkennung des Eigenjagdbezirkes der Miteigentümer verurteilt hat, verpflichtet, die betreffenden Flächen als aus dem gemeinschaftlichen Jagdbezirk ausgeschieden anzusehen, der Neuverpachtung also nur den um diese Flächen verkleinerten Bezirk zugrundezulegen; für den neuen Jagdpächter entfällt damit aber jede Möglichkeit, gegen die Miteigentümer die Hilfe der ordentlichen Gerichte anzurufen. Es muß daher die Frage der Gesetzesänderung geprüft werden.

Daß die Bildung der $^1/_{1000}$ Jagdbezirke de lege ferenda zu verurteilen ist, ist bereits oben näher dargelegt. Daß ein Bedürfnis zur Gesetzesänderung besteht, ergibt sich daraus, daß die Bildung dieser Jagdbezirke allein im Regierungsbezirke Münster bereits 60 mal mit Erfolg vorgenommen worden ist. Es bleibt daher hier nur noch zu untersuchen, in welcher Weise die Jagdordnung am zweckmäßigsten abzuändern ist.

Der Vorschlag des allgemeinen deutschen Jagdschutzvereins, zu § 4 JO. den Zusatz zu machen: „Ein Miteigentum an einem Eigenjagdbezirk im Sinne dieses Gesetzes kann nur durch Erbanfall oder durch Gütergemeinschaft entstehen", geht zu weit. Denn an sich besteht kein Bedenken dagegen, daß ein Eigenjagdbezirk gebildet wird, wenn mehrere Personen, z. B. ein nicht rechtsfähiger Verein oder eine offene Handelsgesellschaft durch Kauf die in Betracht kommenden Grundstücke erworben haben oder diese Grundstücke in eine offene Handelsgesellschaft oder eine Gesellschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs eingebracht worden sind.

Das entscheidende Gewicht etwa darauf zu legen, ob das Eigentum oder Miteigentum lediglich in der Absicht erworben ist, in den Genuß eines Eigenjagdbezirkes zu gelangen, ist auch sehr bedenklich. Denn warum soll einem jagdliebenden Grundbesitzer die Befugnis zur Ausübung des Jagdrechts nur deswegen versagt werden, weil er sich bei dem Ankaufe z. B. von billigem Heideland oder auch bei mehr oder minder umfangreichen Zukäufen zu seinen bisherigen Besitzungen sich von seiner Jagdleidenschaft hat leiten lassen? Ferner muß es auch im Interesse des Vertrauens der Bevölkerung zur unparteiischen Handhabung der Rechtsordnung als gefährlich bezeichnet

Digitized by Google

werden, die Versagung des Jagdausübungsrechts von dem oft nur auf Vermutungen zu stützenden Nachweis abhängig zu machen, daß der Erwerb lediglich in einer bestimmten Absicht geschehen sei.

Diese Bedenken würden zwar vermindert werden, wenn die Unzulässigkeit der Bildung von Eigenjagdbezirken außerdem noch davon abhängig gemacht würde, daß bei dem Erwerbe die Rückübertragung des Eigentums vorbehalten wäre [165]). Denn bei derartigen Abmachungen kann allerdings, wenn die Beteiligten sonst keine glaubhaften Gründe für den Abschluß geltend zu machen in der Lage sind, regelmäßig eine unzulässige Umgehung des Gesetzes angenommen werden. Allein die Anwendung einer solchen Vorschrift könnte gerade bei der gegenseitigen Übertragung von Eigentumsbruchteilen dadurch unmöglich gemacht werden, daß sich die Beteiligten, statt sich für gewisse Fälle die Rückübertragung des Eigentums vorzubehalten, durch hohe Vertragsstrafen die erforderliche Zustimmung zur Aufnahme von Hypotheken oder Veräußerungen der Grundstücke sicherten.

Dagegen können Bedenken dieser oder anderer Art nicht erhoben werden, wenn die oben vertretene Auslegung ausdrückliche gesetzliche Anerkennung finden würde, und es wäre daher zu begrüßen, wenn § 4 JD. im Sinne eines Vorschlags von Brüning [166]) den Zusatz erhielte: „Miteigentum im Sinne dieser Vorschrift liegt nicht vor bei Miteigentum an Teilflächen, es sei denn, daß einem jeden Miteigentümer an jeder Teilfläche das Miteigentum zu demselben Bruchteile zusteht wie an jeder anderen Teilfläche." Um jeden Zweifel zu beseitigen, empfiehlt es sich noch, zu bestimmen, daß die Vorschrift auch auf die bereits bestehenden Eigenjagdbezirke Anwendung findet, und daß mit den betreffenden Grundflächen nach Maßgabe des § 14 Abs. 2 JD. zu verfahren ist, d. h. daß sie in der Regel Teile des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes werden, dessen Pachtpreis sich entsprechend erhöht, und dessen Pächter ein Rücktrittsrecht erhält, wenn der gemeinschaftliche Jagdbezirk um mehr als $^1/_{10}$ des bisherigen Umfanges vergrößert wird. Irgendwelche schonenden Übergangsbestimmungen erscheinen bei dem rechtlich sehr fragwürdigen Charakter dieser Jagdbezirksbildungen nicht angebracht.

---

[165]) Antrag der Redaktionskommission, Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band 5, Drucksache Nr. 322 S. 71, 72.

[166]) Münster. Anzeiger vom 28. Februar 1913 Nr. 155.

Digitized by Google

C. Die „Bildung" der Eigenjagdbezirke.

I. Der Grundsatz des Gesetzes.

§ 5 Abs. 1 JD. lautet: „Die Bildung des Eigenjagdbezirkes erfolgt durch den Eigentümer, der auf ihm zur Ausübung des Jagdrechts befugt ist." Es folgen sodann Vorschriften über die Wirkung und Bindung einer Erklärung des Eigentümers, durch die er für alle oder einzelne Grundflächen auf die Bildung eines Eigenjagdbezirkes verzichtet. Eine Bestimmung darüber, in welcher Form die Bildung des Jagdbezirkes zu erfolgen habe, findet sich im Gesetze dagegen nicht, und ein Antrag Pallaske, der eine Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Jagdvorsteher forderte, wurde vom Abgeordnetenhaus abgelehnt [167]). Es kann zweifelhaft sein, ob mit der Ablehnung dieses Antrags zum Ausdrucke gebracht werden sollte, daß überhaupt irgend eine Willenserklärung des Eigentümers oder nur die Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung gegenüber dem Jagdvorsteher überflüssig sei. Die Entscheidung der Frage ist wichtig für den Fall, daß irgend eine ausdrückliche oder durch konkludente Handlungen sich ergebende Willenserklärung des Eigentümers nicht vorliegt, und es streitig wird, ob die betreffenden Grundflächen zum gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören oder nicht. Da jedoch im § 5 Abs. 2 JD. bestimmt ist, daß nur, wenn der Eigentümer auf die Bildung eines Eigenjagdbezirkes verzichtet hat, die Jagdbezirksbildung aus den freigegebenen Grundflächen nach Maßgabe der §§ 7—10 erfolgt, so ist zu folgern, daß die betreffenden Grundflächen Eigenjagdbezirke bilden, auch wenn der Eigentümer irgend einen Entschluß über die Jagdbezirksbildung nicht hat laut werden lassen. Denn wenn der Mangel einer derartigen Erklärung schon die Jagdbezirksbildung aus den betreffenden Grundflächen gemäß §§ 7—10 zur Folge haben sollte, so hätte das Gesetz nicht einen besonderen, sogar die Rechtsnachfolger bindenden Verzicht vorgeschrieben, sondern für die Bildung des Eigenjagdbezirkes irgend eine positive Erklärung gefordert. Daß andererseits die Verzichtserklärung nicht nur durch förmliche Erklärung, sondern auch durch konkludente Handlungen erfolgen kann, ist mangels besonderer Bestimmungen selbstverständlich. Aber in der bloßen Nichtabgabe einer Erklärung kann, wie gezeigt, eine derartige konklu-

[167]) Stenographischer Bericht, Abgeordnetenhaus 1907, Bd. 4 S. 5118/19.

Digitized by Google

dente Handlung für die Abgabe einer Verzichtserklärung nicht erblickt werden, wie denn auch der Vertreter der Königlichen Staatsregierung in der Kommission des Abgeordnetenhauses erklärt hat[168]), daß, wenn der Eigentümer nicht ausdrücklich auf die Bildung des Eigenjagdbezirkes verzichtet, sondern sich stillschweigend verhalten habe, der Eigenjagdbezirk nicht dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke zugelegt werden könne.

Somit ergibt sich also, daß die Eigenjagdbezirke nicht „gebildet" zu werden brauchen, sondern beim Vorhandensein ihrer Voraussetzungen kraft Gesetzes bestehen und nur der Ausschluß dieser Wirkung von der Vornahme einer Handlung, der Abgabe der Verzichtserklärung, abhängig gemacht ist[169]). Es ist somit unrichtig, wenn Simon[170]) sagt: „Die Bildung erfolgt formlos, ohne Sang und Klang, zwar nicht lediglich kraft Gesetzes, sobald die Bestimmungen der Jagdordnung erfüllt sind, sondern hinzukommen muß noch der Entschluß, der Wille des Grundstückseigentümers, von der Berechtigung zur eigenen Jagdausübung auf seinem Grund und Boden Gebrauch zu machen."

Auch das Oberverwaltungsgericht stimmt bezüglich der Flächeneigenjagdbezirke der oben dargelegten Auffassung zu[171]), glaubt aber die Bildung der Gattereigenjagdbezirke von der Abgabe einer ausdrücklichen Erklärung des Eigentümers abhängig machen zu müssen.

In der ersten der beiden in Betracht kommenden Entscheidungen wird die Jagdpolizeibehörde als diejenige Stelle bezeichnet, der gegenüber die Erklärung abzugeben sei. In der zweiten Entscheidung wird hierauf nicht näher eingegangen, sondern nur ausgeführt, warum an den „Grundsätzen" des ersten Urteils festzuhalten sei. Es ist daher nicht festzustellen, ob auch in diesem Punkte die frühere Ansicht des Gerichts noch aufrechterhalten werden soll.

Das Oberverwaltungsgericht glaubt, die Unterscheidung, die es bei der Bildung der Eigenjagdbezirke zwischen dem Flächen- und

---

[168]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band 5, Drucksache Nr. 322 S. 17.

[169]) Ebenso Goercke § 5 Anm. 28 S. 39; auch Bauer § 5 Anm. 6 S. 58 und Ebner S. 131/32 heben hervor, daß § 5 Abs. 1 der Jagdordnung sprachlich verunglückt ist.

[170]) Preußisches Verwaltungs-Blatt Bd. 31 S. 727.

[171]) Entscheidung vom 21. November 1910, Bd. 58 S. 370 ff.; Entscheidung vom 19. Februar 1912, Bd. 61 S. 305 ff.

Digitized by Google

dem Gattereigenjagdbezirk macht, einmal damit rechtfertigen zu können, daß „das Gesetz selbst diese beiden Arten von Jagdbezirken verschieden behandelt, indem der § 4 in seinen Absätzen 2 und 3 [172]) für die dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigten Grundflächen Vorschriften gibt, die für die Eigenjagdbezirke der Ziff. 2 nicht gelten, namentlich im Abs. 3 bestimmt, daß darüber, ob eine Grundfläche dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt ist, auf Antrag eines Beteiligten die Jagdpolizeibehörde entscheidet."

Diese Begründung muß überraschen. Denn wie kann man mit dem allgemeinen Hinweise darauf, daß das Gesetz für den Gattereigenjagdbezirk einige besondere Vorschriften gibt, gerade das Erfordernis einer besonderen Erklärung des Eigentümers bei der Bildung dieses Jagdbezirkes rechtfertigen? Und wie soll man im besonderen daraus, daß in Abs. 2 die Ausübung der Flugwildjagd auf Gattereigenjagdbezirken von der Genehmigung der Jagdpolizeibehörde abhängig ist, oder daraus, daß in Abs. 3 dem Eigentümer des Gattereigenjagdbezirkes und dem Jagdvorsteher zur Erledigung eines etwaigen Streites über das Vorhandensein der sachlichen Voraussetzungen des Jagdbezirkes nicht wie sonst das Verwaltungsstreitverfahren, sondern ein vereinfachtes Beschwerdeverfahren — der Bezirksausschuß entscheidet als einzige Beschwerdeinstanz endgültig — zur Verfügung gestellt ist, die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht folgern können? Die angebliche Schlußfolgerung erscheint daher mangels jeglichen Zusammenhanges zwischen den einzelnen Gliedern der Beweiskette als eine willkürliche Behauptung, die sich wohl als eine Nachwirkung des früheren Rechtszustandes psychologisch erklärt, da nach dem Jagdpolizeigesetze die erwähnte Entscheidung der Jagdpolizeibehörde obligatorisch war und konstitutive Bedeutung besaß und demgemäß für die Bildung des Gattereigenjagdbezirkes ein besonderer Antrag des Eigentümers Voraussetzung war.

Eine weitere Rechtfertigung seines Standpunkts sieht das Oberverwaltungsgericht darin, daß nur durch seine Ansicht den „Bedürfnissen des Lebens" genügt werde. Denn während man im allgemeinen von vornherein werde annehmen können, daß die Besitzer von Grundflächen, die 75 ha im Zusammenhange groß sind,

[172]) Die Bezeichnung „3 und 4" in Bd. 61 S. 309 der Entscheidungen muß ein Druckfehler sein.

Digitized by Google

einen Eigenjagdbezirk zu haben wünschen, werde es bei den Jagdbezirken, die unter Ziff. 1 des § 4 fallen, in der Regel fraglich sein, ob der Eigentümer von seinem Rechte zur Bildung des Jagdbezirkes Gebrauch machen wolle. Es müsse daher bei diesen Jagdbezirken eine Erklärung des Eigentümers, daß er die eingefriedigten Grundstücke als Eigenjagdbezirk in Anspruch nehmen wolle, verlangt werden.

Zunächst ist festzustellen, daß das Oberverwaltungsgericht sich hier nicht scheut, rein praktische Gesichtspunkte bei der Auslegung des Gesetzes zu verwerten, was im wohltuenden Gegensatze steht zu der vom Oberverwaltungsgericht in der Streitfrage über die Zulässigkeit der $^1/_{1000}$ Eigenjagdbezirke vertretenen Auffassung. Es kann jedoch dem Oberverwaltungsgerichte nicht beigestimmt werden, wenn es gerade bei der Bildung der Gattereigenjagdbezirke ein besonderes Bedürfnis nach einer Erklärung des Eigentümers annehmen zu können glaubt. Denn die Fälle, in denen ohne offenkundige jagdliche Absicht Grundflächen „dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt" werden, sind selten, da die üblichen mit Mauern umgebenen Hofräume und Gärten in der Regel während des Wirtschaftsbetriebs offenstehen und die sonst zur Einzäunung in der freien Feldmark dienenden Hecken gewöhnlich für das niedere Laufwild kein Hindernis bilden. In den vereinzelt vorkommenden Fällen, in denen nicht ohne weiteres mit der Absicht des Eigentümers, einen Eigenjagdbezirk zu bilden, gerechnet werden kann, wird der Jagdvorsteher sich auch wohl regelmäßig durch Anfrage bei dem betreffenden Eigentümer darüber Gewißheit verschaffen können, ob die Grundflächen mit zum gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören oder nicht, und sich so bei der Auslegung der Pachtbedingungen, des Pachtvertrags und des Verteilungsplans der Jagdpachtgelder gegen unberechtigte Einsprüche schützen können. Ein anderes Interesse kommt nicht in Frage, da der Jagdpächter sowieso das befriedete Besitztum wider den Willen des Eigentümers nicht betreten darf[173]).

Sodann ist aber auch zu beachten, daß bei der Fassung des § 5, die eine Unterscheidung zwischen dem Flächen- und Gattereigenjagdbezirk in keiner Weise erkennen läßt, nur unumgängliche Forderungen des praktischen Lebens eine verschiedene Behandlung dieser

[173]) Bauer S. 169; Ebner S. 566/67; a. M.: Dalcke-Delius S. 66/67.

Digitized by Google

beiden Arten von Eigenjagdbezirken rechtfertigen könnten, und daß sich weder aus anderen Vorschriften der Jagdordnung noch aus den Kommissionsberatungen und mündlichen Verhandlungen beider Häuser des Landtags [174]) noch aus der Begründung des Gesetzes [175]) irgend ein Anhaltspunkt dafür ergibt, daß es dem Sinne und Zwecke des Gesetzes entspräche, für die Bildung des Gattereigenjagdbezirkes im Gegensatze zu der des Flächeneigenjagdbezirkes eine besondere Erklärung des Eigentümers zu verlangen.

Auf die Bedeutung der im § 5 Abs. 3 JO. enthaltenen Bestimmung, daß, wenn an den einen Eigenjagdbezirk bildenden Grundflächen ein erbliches oder ein zeitlich nicht beschränktes Nutzungsrecht oder ein Nießbrauch besteht, an die Stelle des Eigentümers der Nutzungsberechtigte tritt, ist bereits oben hingewiesen. Durch diese Vorschrift erhalten also die betreffenden Nutzungsberechtigten an Stelle des Eigentümers das Recht, die Jagd auf den Eigenjagdbezirken auszuüben und andererseits auch die Befugnis, auf die Bildung des Eigenjagdbezirkes zu verzichten. Der Verzicht bindet jedoch nur den „Rechtsnachfolger" gemäß § 5 Abs. 2 JO., also nicht, wie der Justizminister in der Kommission des Herrenhauses [176]) erklärte, den Fideikommißnachfolger, da dieser ex iure et providentia maiorum Nachfolger, aber nicht Rechtsnachfolger seines Vorgängers ist. Man hat damals aber wohl übersehen, daß fast in allen Fällen, in denen ein Nutzungsberechtigter die Verzichtserklärung abgegeben hat, das Gleiche gilt. Denn es leitet weder der neue Pfarrer noch der neue Lehrer bezüglich ihrer Dienstländereien noch die Ehefrau bei der Auflösung der Ehe bezüglich ihrer dem Nießbrauche des Ehemanns unterliegenden Grundstücke noch die Kinder bei der Erlangung der Großjährigkeit bezüglich der bisher dem Nießbrauche des Vaters unterworfenen Besitzungen noch überhaupt die Eigentümer nach dem Tode der Nießbraucher ihre Rechte von den Rechten ihrer Vorgänger ab. Denn im Falle des Pfarrers und Lehrers handelt es sich um die Schaffung neuer Nutzungsrechte durch Übertragung der betreffenden Dienststelle,

[174]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band 5, Drucksache Nr. 322 S. 17, Stenographischer Bericht Bd. 4 S. 5118/19; Herrenhaus 1907, Drucksache Nr. 122 S. 49, Stenographischer Bericht S. 350.

[175]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen — Bd. 2, Drucksache Nr. 10 S. 13/14.

[176]) Herrenhaus 1907, Drucksache Nr. 122 S. 494.

Digitized by Google

und im Falle der Ehefrau, der Kinder und des Eigentümers überhaupt nicht um eine Rechtsnachfolge des bisher bestehenden Nießbrauchs, sondern um die sog. Konsolidation des Eigentums, die sich infolge der Elastizität desselben nach dem Fortfalle der Eigentumsbeschränkung ohne weiteres vollzieht. Da somit regelmäßig die Verzichterklärung des Nutzungsberechtigten für den neuen Nutzungsberechtigten oder den Eigentümer nicht bindend ist, dieser also ohne Rücksicht auf bestehende Pachtverträge einen Eigenjagdbezirk bilden und mangels entgegenstehender Bestimmungen [177]) die Jagd auch sofort ausüben darf, so ist damit die Möglichkeit einer argen Verletzung der Interessen des Jagdpächters des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes gegeben. Es ist jedoch anzunehmen, daß bisher besondere Übelstände in der Praxis nicht hervorgetreten sind, da jeglicher Hinweis darauf in der Literatur fehlt.

Zu bemerken ist noch, daß die selbständigen Eigenjagdbezirke der §§ 9 und 10 nicht kraft Gesetzes entstehen, sondern die Bildung der selbständigen Jagdbezirke überhaupt in das Ermessen der Jagdvorsteher gestellt ist. Ein Antrag oder ein Einverständnis des betreffenden Eigentümers ist nicht erforderlich. Auch der Jagdvorsteher hat nämlich, wenn er die Bildung eines selbständigen nicht 75 ha im Zusammenhang umfassenden Jagdbezirkes für erforderlich hält, keine Wahl, ob er einen selbständigen, gemeinschaftlichen Jagdbezirk oder einen selbständigen Eigenjagdbezirk bilden will. Sondern er kann, wenn die Grundflächen einem Eigentümer gehören oder im Miteigentume mehrerer stehen, lediglich einen selbständigen Eigenjagdbezirk und nur beim Mangel dieser Voraussetzungen einen selbständigen gemeinschaftlichen Jagdbezirk bilden.

II. Die Bildung von Eigenjagdbezirken vor dem Ablaufe der Pachtverträge.

Es ist oben bereits erwähnt worden, daß unter der Herrschaft des Jagdpolizeigesetzes das Oberverwaltungsgericht die Ansicht vertreten hat, daß der Eigentümer auch während des laufenden Pachtvertrags befugt ist, durch Bildung eines Eigenjagdbezirkes die betreffenden Flächen aus dem gemeinschaftlichen Jagdbezirk auszuscheiden und auf ihnen die Jagd auszuüben, wodurch die Inter-

[177]) § 14 der Jagdordnung ist nur im Falle einer Vereinigung mehrerer Grundflächen zu einer zusammenhängenden Fläche von 75 ha anwendbar.

Digitized by Google

essen des Jagdpächters natürlich schwer geschädigt wurden. § 14 JO. bestimmt nunmehr: „Werden Grundflächen, die zu einem verpachteten gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören, dauernd und vollständig gegen den Einlauf von Wild eingefriedigt (§ 4 Abs. 1 Ziff. 1) oder mit anderen Grundflächen zu einer zusammenhängenden Fläche von 75 ha im Sinne des § 4 Abs. 1 Ziff. 2 vereinigt, so steht die eigene Ausübung des Jagdrechts auf ihnen dem Eigentümer mit Ablauf eines jeden Pachtjahrs zu, sofern er den Vertreter und den Pächter des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes sechs Monate vorher von der Absicht in Kenntnis gesetzt hat, daß er von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch machen will. In diesem Falle erhält der Jagdpächter die Berechtigung, zum gleichen Zeitpunkte von dem Jagdpachtvertrage zurückzutreten, wenn er den Vertrag fünf Monate vorher aufgekündigt."

Die verschiedenen Fristen erklären sich daraus, daß dem Jagdpächter ein Monat Zeit zur Überlegung und dem Jagdvorsteher im Falle der Kündigung noch genügend Zeit zum Abschlusse des neuen Pachtvertrags gegeben werden soll. Man gewinnt aus der neuen Vorschrift den Eindruck, daß bis zum Ablaufe des betreffenden Pachtjahrs jagdrechtlich vorläufig alles beim alten bleiben soll, und daß man durch die verschiedenen Fristen einen glücklichen Ausgleich zwischen den Interessen des Eigentümers, des Jagdpächters und der Jagdgenossenschaft geschaffen hat.

Es sind jedoch Zweifel hierüber möglich. Bitter[178]) hat nämlich die Ansicht vertreten, daß nicht nur der Eigentümer kraft der besonderen Vorschrift im § 14, sondern auch der Jagdpächter während der Kündigungsfrist von sechs Monaten auf den auszuschließenden Grundstücken zu jagen nicht berechtigt sei. Denn nach § 5 JO. erfolge die Bildung der Eigenjagdbezirke durch den Eigentümer, der auf ihm zur Ausübung der Jagd befugt sei. Im selben Augenblick also, wo ein Grundstückseigentümer von der ihm hiernach zustehenden Befugnis Gebrauch mache, sei die Eigenjagd gebildet, das Jagdrecht an sich also auf jenen übergegangen, mit der durch den § 14 bedingten Einschränkung, daß er es erst ausüben dürfe nach Ablauf der sechsmonatigen Kündigungsfrist. Denn das private Jagdrecht des Jagdpächters müsse dem auf dem öffentlichen Rechte der Jagdordnung beruhenden Jagdrechte des Eigenjagd-

[178]) Zeitschrift des Allgemeinen deutschen Jagdschutzvereins Bd. 14 vom 20. November 1909 S. 482.

Digitized by Google

besitzers weichen. Die Ausübung der Jagd müsse daher während der Kündigungsfrist auf den betreffenden Grundflächen überhaupt ruhen.

Zunächst ist zu bemerken, daß das „Jagdrecht an sich" nach § 2 JO. jedem Eigentümer auf seinem Grund und Boden zusteht, also nicht erst durch die Bildung des Eigenjagdbezirkes auf den betreffenden Eigentümer „übergehen" kann. Was hier allein in Betracht kommen kann, ist die Befugnis zur Ausübung des Jagdrechts, die sonst mit der Bildung des Eigenjagdbezirkes unmittelbar verknüpft ist, hier aber dem betreffenden Eigentümer erst nach Einhaltung einer bestimmten Frist mit Ablauf eines Pachtjahrs zusteht. Vorher kann daher auch von irgend einem Konflikte zwischen dem Privatrechte des Jagdpächters und dieser öffentlichrechtlichen Befugnis des Eigentümers gar keine Rede sein. Allein diese Richtigstellung der Begriffe läßt den Kern der Bitterschen Ansicht unberührt.

Bitter geht offenbar von der oben zurückgewiesenen Auffassung aus, daß zur Bildung des Eigenjagdbezirkes eine Erklärung des Eigentümers erforderlich sei, und findet diese in der in § 14 vorgeschriebenen Ankündigung, durch die der Eigenjagdbezirk sofort gebildet werde. Daß der Jagdpächter des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes auf den betreffenden Grundflächen nicht mehr jagen darf, würde sich dann aus § 7 I JO. ergeben, wonach Grundflächen, die zu einem Eigenjagdbezirke gehören, nicht Bestandteile des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes bilden können.

Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß durch die Sondervorschrift des § 14 auch eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß Eigenjagdbezirke beim Vorhandensein der Voraussetzungen kraft Gesetzes entstehen, geschaffen ist. Aber auch von diesem Standpunkt ist daraus, daß der Eigentümer dem Jagdvorsteher sechs Monate vor Ablauf des Pachtjahrs von der Absicht in Kenntnis setzt, „daß er von der ihm zustehenden Befugnis Gebrauch machen will", nicht unbedingt zu folgern, daß mit der Abgabe dieser Erklärung der Eigenjagdbezirk sofort gebildet werde. Vielmehr läßt die Fassung des Gesetzes auch der Auffassung Raum, daß von dem Rechte zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes nur für einen bestimmten Termin, nämlich für den Ablauf des Pachtjahrs, Gebrauch gemacht werden solle. Die Bildung würde demnach nur unter einer aufschiebenden Befristung erfolgen, der Eigenjagdbezirk selbst

Digitized by Google

also erst in dem angeführten Zeitpunkt entstehen und die von Bitter aufgeworfene Streitfrage somit ihre befriedigende und einfache Lösung finden.

Die gegenteilige Ansicht, die zu dem so merkwürdigen Ergebnisse führt, daß auf den betreffenden Grundstücken monatelang niemand zur Ausübung der Jagd befugt ist, könnte gerade wegen dieser sonderbaren Folgeerscheinung nur dann als dem Gesetz entsprechend anerkannt werden, wenn sie im Gesetz unzweideutig Ausdruck gefunden hätte. Sie berücksichtigt ferner im Widerspruche mit der Absicht des Gesetzes ganz einseitig das Interesse des Grundeigentümers an der unversehrten Erhaltung des Wildstandes auf dem Reviere. Denn es ist nicht richtig, wenn Bitter meint, durch das Ruhenlassen der Jagd erwachse dem Jagdpächter deswegen kein vermögensrechtlicher Nachteil, „weil der Eigenjagdbesitzer mit der Bildung der Eigenjagd keinen anteilmäßigen Anspruch auf das Pachtgeld und umgekehrt der Jagdpächter nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Anspruch auf einen entsprechenden Nachlaß an dem Pachtpreise haben". Dieser etwaige Nachlaß nämlich verhindert nur, daß der Pächter noch Pacht für ausgeschiedene Grundflächen zahlen muß, bildet aber keinen Ersatz dafür, daß er plötzlich mitten in der Pachtzeit, jagdlich vielleicht im günstigsten Zeitpunkte, die Jagd auf dem vielleicht besten Reviere ruhen lassen muß. Der „Eingriff in die wohlerworbenen Rechte des Jagdpächters", den man gerade nach Möglichkeit vermeiden wollte [179]), wäre also durch § 14 nur insoweit beseitigt, als dem Jagdpächter die Befugnis gegeben wäre, nach dem Ausscheiden des Jagdreviers von dem Pachtvertrag überhaupt, also auch bezüglich der Restfläche des gemeinschaftlichen Jagdbezirkes, zurückzutreten. Obwohl auch der Kommissionsbericht des Abgeordnetenhauses die „Rechte des Jagdpächters" schon durch die Erteilung dieser Befugnis als gewahrt ansieht [180]), so kann nach den vorstehenden Ausführungen weder dieser Ansicht zugestimmt — das Oberverwaltungsgericht [181]) zweifelt sogar, gegenüber § 323 BGB. allerdings wohl mit Unrecht, daran, ob diese gesetzliche Ermächtigung des Jagdpächters zur Aufkündigung des Jagdpachtvertrags rechtlich erforderlich war, — noch

[179]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band 2, Drucksache Nr. 10 S. 22, Begründung zu § 17 des Entwurfes.

[180]) Abgeordnetenhaus 1907, Anlagen-Band 5, Drucksache Nr. 322 S. 31.

[181]) Entscheidung vom 21. November 1910, Bd. 58 S. 369 ff., 375.

Digitized by Google

auch anerkannt werden, daß das Ruhenlassen der Jagd auf den betreffenden Grundflächen dem Sinne des Gesetzes entspricht. Denn es ist, falls man auf dem Standpunkte steht, daß der Jagdpächter auf diesen Grundflächen die Jagd ruhen lassen muß und das Gesetz ihm nur die Möglichkeit gewährt hat, von dem Pachtvertrag überhaupt frei zu kommen, kein Grund ersichtlich, warum der Eigentümer dann nicht sofort die Jagd ausüben darf, dieses Recht vielmehr erst mit Ablauf eines Pachtjahrs nach sechsmonatiger Ankündigungsfrist erhält.

Zu beachten ist ferner, daß auch im Falle des § 5 II JO. während der sechsmonatigen Ankündigungsfrist für die Zurücknahme des Verzichts ein Eigenjagdbezirk nicht gebildet werden kann, der Jagdpächter also auf den betreffenden Grundstücken die Jagd nicht ruhen zu lassen braucht. Wenn hierbei auch nicht verkannt werden soll, daß bei § 5 II JO. im Gegensatze zu § 14 I JO. ein weitergehenderer Schutz der Rechte des Jagdpächters berechtigt erscheinen kann, weil in diesem Falle die Voraussetzungen für einen Eigenjagdbezirk nicht erst durch eine Vereinigung der betreffenden Grundflächen neu entstehen, sondern schon vor der Pachtperiode bestanden haben und der Jagdpächter daher auf die Fortdauer des Verzichts rechnen konnte, so ist doch darauf hinzuweisen, daß diesem Unterschiede schon dadurch hinreichend Rechnung getragen ist, daß der Verzicht überhaupt nur zum Ablaufe der Pachtzeit zurückgenommen werden kann, der Eigentümer aber im Falle des § 14 schon zum Ablauf eines jeden Pachtjahrs die Befugnis zur eigenen Ausübung des Jagdrechts erlangen kann.

Die Ansicht von Bitter muß also für unzutreffend erachtet und vielmehr angenommen werden, daß auch während der Ankündigungsfrist des Eigentümers im Falle des § 14 der Jagdpächter noch bis zum Ablaufe des Pachtjahrs auf den betreffenden Grundstücken die Jagd ausüben darf. Ob man diese damit erklären will, daß § 14 eine Ausnahme entweder von § 7 I, wonach Grundstücke, die einen Eigenjagdbezirk bilden, nicht zum gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören, oder aber eine Ausnahme von dem Grundsatze, daß Eigenjagdbezirke kraft Gesetzes entstehen, darstellt, so daß also im Falle des § 14 entweder die Grundflächen des Eigenjagdbezirkes noch zum gemeinschaftlichen Jagdbezirke weiterhin gehören, oder aber die Bildung des Eigenjagdbezirkes nur durch eine zu einem bestimmten Termine wirksame Erklärung des Eigen-

Digitized by Google

tümers erfolgen kann, ist rechtlich völlig gleichgültig. Nach der Sprache des Gesetzes dürfte jedoch die letztere Ansicht vorzuziehen sein.

Zweifel können ferner noch darüber bestehen, ob § 14 JO. auch dann Anwendung finden kann, wenn nach Abzug der für die Bildung des Eigenjagdbezirkes in Betracht kommenden Grundflächen die Restfläche nicht mehr den für einen gemeinschaftlichen Jagdbezirk erforderlichen Mindestflächenraum von 75 ha einnimmt. Das Oberverwaltungsgericht[182]) hat dies verneint, weil als Abweichung von den den §§ 7 und 8 zu entnehmenden Grundsätzen besonders hätte ausgesprochen werden müssen, daß das Jagdpachtverhältnis fortbestehe, wenn es an dem für den gemeinschaftlichen Jagdbezirk erforderlichen Flächeninhalte fehle.

Es ist allerdings richtig, daß das Gesetz voraussetzt, daß noch ein Jagdpachtvertrag zu Recht besteht, weil im § 14 vom „Jagdpächter" und vom „Rücktritte vom Jagdpachtvertrage" die Rede ist. Allein alle hieraus zugunsten der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts etwa gezogenen Schlußfolgerungen, beruhen auf der Voraussetzung, daß auch in dem Falle, daß die für den Eigenjagdbezirk in Betracht kommenden Grundflächen ganz oder teilweise zu einem verpachteten gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören, die Bildung des Eigenjagdbezirkes ohne weiteres kraft Gesetzes oder doch sofort mit Abgabe der nach § 14 erforderlichen Willenserklärung des Eigentümers erfolge. Aber diese Voraussetzung ist, wie oben nachgewiesen, irrig. Mag man nun annehmen, daß in dem Ausnahmefalle des § 14 auch Flächen eines Eigenjagdbezirkes noch zu dem gemeinschaftlichen Jagdbezirke gehören, oder daß in diesem Falle die Bildung des Eigenjagdbezirkes durch eine aufschiebend befristete Erklärung des Eigentümers erfolgt, in beiden Fällen besteht der Jagdpachtvertrag auch dann noch weiterhin zu Recht, wenn nach Abzug der für den Eigenjagdbezirk in Betracht kommenden Flächen die Restfläche nicht mehr 75 ha im Zusammenhang umfaßt.

Das Gegenteil würde auch mit der Absicht des Gesetzes nicht vereinbar sein. Denn „wohlerworbene Privatrechte des Jagdpächters" stehen, wenn ein gemeinschaftlicher Jagdbezirk infolge der Bildung eines Eigenjagdbezirkes überhaupt zu bestehen aufhört, noch in weit höherem Maße auf dem Spiele, als wenn der gemeinschaftliche Jagdbezirk nur eine räumliche Verringerung erfährt.

[182]) Entscheidung vom 21. November 1910, Bd. 58 S. 369 ff., 374/75.

Digitized by Google

Schluß.

Die vorstehende Untersuchung über die Bildung von Eigenjagdbezirken nach der preußischen Jagdordnung hat an zwei Stellen dazu geführt, Vorschläge über eine Abänderung des geltenden Rechtes zu machen, einmal zur Verhinderung der sog. Bindfadenjagden und sodann zur Berichtigung der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, das die mit der gegenseitigen Auflassung von Eigentumsbruchteilen vorgenommene Schiebung für zulässig halten zu müssen glaubt. Während oben aber nur geprüft werden konnte, ob ein dringendes Bedürfnis zur Änderung der Rechtslage vorliegt, und in welcher Weise am zweckmäßigsten diese Änderung zu erfolgen habe, ist hier noch die Frage zu beantworten, ob auch Aussicht besteht, daß die gesetzgebenden Faktoren einer derartigen Änderung zustimmen werden. Sie würde die erste Novelle zur Jagdordnung bedeuten, und es ist nicht ausgeschlossen, daß gerade deswegen ein etwaiger Entwurf auf Widerstand im Landtage stößt.

Bereits bei der Beratung der Jagdordnung ist sowohl mehrfach von der Königlichen Staatsregierung[183]), als auch von verschiedenen Abgeordneten[184]) der Ansicht Ausdruck gegeben worden, daß die in der Jagdordnung geschaffene Kodifikation einen Abschluß der Jagdgesetzgebung herbeiführen, „auf diesem Gebiete endlich Ruhe bringen werde", „weil an ein vollständig abgerundetes Gesetz sich nicht leicht jemand heranwage". Es ist ferner nicht zu leugnen, daß es auch jetzt noch weite Kreise gibt, für die die Jagdordnung geradezu „ein Kräutchen rühr mich nicht an" ist, und die deshalb jedem Entwurf einer Novelle von vornherein ablehnend gegenüberstehen werden.

Demgegenüber muß aber darauf hingewiesen werden, daß man sich nicht einmal gescheut hat, an dem großen, geschlossenen Bau des Bürgerlichen Gesetzbuchs, dessen die preußische Jagdordnung weit überragende Bedeutung doch nicht ernstlich bestritten werden kann, nachträglich eine Verbesserung anzubringen und z. B. durch die Abschwächung der Haftung des Tierhalters einem dringenden Bedürfnisse zu genügen. Solch zwingende Gründe sprechen aber, wie oben nachgewiesen, auch für die Abänderung der Jagdordnung, wennauch

---

[183]) Abgeordnetenhaus 1907, Stenographischer Bericht Bd. 4 S. 5084/85, 5178/79; Herrenhaus 1907, Stenographischer Bericht S. 345/46, Drucksache Nr. 122 S. 490.

[184]) Abgeordnetenhaus, a. a. O. S. 5093 und S. 5103.

Digitized by Google

das dringende Bedürfnis hierfür infolge der Grundbesitzverteilung nur in einzelnen Teilen des Staates sich geltend machen konnte.

Es ist ferner zwar nicht zu verkennen, daß die hier vorgeschlagene Änderung gerade den wichtigsten Paragraphen der Jagdordnung treffen wird, aber es ist auch zu beachten, daß die im § 4 JO. enthaltene Regelung der grundsätzlichen Fragen dabei ganz unberührt gelassen und die Verbesserung auch nur in einer Weise erfolgen wird, die dem Sinne der Jagdordnung schon jetzt entspricht.

Daher dürfte begründete Aussicht vorhanden sein, daß der Landtag einer Novelle zur Jagdordnung zustimmen wird, wenn sich der Entwurf auf die Verhinderung der Bindfadenjagden und der durch $^1/_{1000}$ Miteigentum gebildeten Eigenjagden beschränkt und bei der Beratung auch alle anderen Fragen zur Verbesserung der Jagdordnung streng ausgeschieden werden.

Digitized by Google

B. Besprechungen.

24. Dr. Paul Mombert, Professor in Karlsruhe, Der Finanzbedarf des Reichs und seine Deckung nach dem Kriege. G. Braunsche Hofbuchdruckerei und Verlag, 1916. 44 S. Preis 1,50 *M*.

So selbstverständlich uns der Satz klingt, man habe im Frieden sich auf den Krieg vorzubereiten, nicht minder selbstverständlich ist die Umkehr, und so will der Verfasser in seinen „grundsätzlichen Erörterungen über den Zusammenhang zwischen Wirtschaft und Steuerpolitik" einen Beitrag zur Vorbereitung im Kriege auf die Friedenszeit liefern. Es liegt ihm fern, bestimmte Steuervorschläge für die notwendige Neuordnung der Reichsfinanzen nach dem Kriege zu machen, zu einer Zeit, wo wir auch nicht annähernd den künftigen Bedarf abschätzen können, da es gilt, für die unmittelbaren wie mittelbaren Verluste Deckung zu beschaffen, denen vielleicht auch Gewinne gegenübertreten. Dazu kommt aber noch die eigentliche Friedensaufgabe der Stärkung und Mehrung der Volkskraft für unsere Stellung auf dem Weltmarkte. Wo es den Anschein gewinnt, als würden bestimmte Steuervorschläge gemacht, will der Verfasser nichts weiter, als an Beispielen zeigen, wie verschiedene Steuern auf die Neubildung produktiven Kapitals einwirken, die in erster Linie anzustreben sein wird, ohne daß doch die sozialpolitischen Grundsätze darunter leiden. In anziehender Weise legt er dar, wie Monopole, Verbrauchs- und Verkehrsabgaben sowie Personalsteuern auf Vermögen und Einkommen einschließlich Erbschaftssteuern gestaltet werden können, daß sie, anstatt eine Belastung darzustellen, neben dem finanziellen Zwecke eine wirtschaftsfördernde Wirkung ausüben, indem sie die Güterherstellungskosten verringern, den Spartrieb fördern, was beides der Bildung produktiven Kapitals zugute kommt, der Quelle jeder wirtschaftlichen Entwicklung. Bei den Monopolen wird das Für und Wider der Staats- und Privatbetriebe unter den wirtschaftlichen, dem finanziellen Gesichtspunkte vorangehenden Rücksichten aufgezeigt; es gilt eben die Steuerquelle zu schonen, um sie dauernd fruchtbringend zu gestalten und damit auch dem finanziellen Bedürfnisse zu dienen. In gleicher Weise werden die anderen Steuermöglichkeiten durchgegangen; einzelnes zu geben verbietet sich hier. Jedem kann das Schriftchen zu eigenem Studium nur warm empfohlen werden.

Osnabrück. Maatz.

Digitized by Google

25. Wilhelm van Calker, Professor an der Universität Kiel, Die Amtsverschwiegenheitspflicht im deutschen Staatsrechte. Tübingen. Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1916. 46 S. Preis 1,50 M.

Auch diese Schrift ist eine Abhandlung, die zunächst in der Festgabe für Otto Mayer enthalten war (siehe die Besprechungen Nr. 20 und 21 im Hefte 3 des laufenden Bandes des Verwaltungsarchivs), einer Festgabe, die außergewöhnlich Wertvolles enthält und des dadurch geehrten großen Meisters des Verwaltungsrechts durchaus würdig ist. Nach einem Überblick über das positive Recht des Deutschen Reichs, Preußens, Bayerns, Sachsens, Württembergs, Badens und Hessens werden der Gegenstand der Amtsverschwiegenheitspflicht, der Begriff der Verschwiegenheit, die Frage, ob die Verschwiegenheitspflicht gegenüber jedermann besteht, die Dauer der Verschwiegenheitspflicht, ihre Träger, die Befreiung von ihr und die Rechtsfolgen des Amtsverschwiegenheitsbruchs behandelt. Alles dies geschieht selbstverständlich mit voller Beherrschung des Stoffes und so, daß die Ergebnisse wohl regelmäßig kaum zu beanstanden sind. Vieles davon ist neu oder doch wenigstens schärfer, als bisher geschehen, gefaßt und begrenzt worden. Daß die Amtsverschwiegenheitspflicht zum Gegenstand einer umfassenden Darstellung gemacht worden ist, welche bis jetzt gefehlt hat, zeigt, welche große theoretische und praktische Bedeutung sie hat. Diese Bedeutung ist besonders noch gewachsen durch solche Bestimmungen, wie sie z. B. in der Bekanntmachung vom 25. September 1915 (RGBl. S. 607) § 9 und neuestens wieder in der vom 3. Juni 1916 (RGBl. S. 436) § 2 hinsichtlich der Verpflichtung über Dinge, die durch die Ausübung von Befugnissen zur Kenntnis kommen, Verschwiegenheit zu beobachten und sich der Mitteilung und Verwertung der Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (verhältnisse) zu enthalten, getroffen worden sind.

Der Verfasser nimmt an, daß da, wo es an Vorschriften fehlt, wie in Preußen trotz der angezogenen Vorschriften, namentlich auch der beiden in der Gesetzsammlung bekannt gemachten Kabinettsorders vom 31. Dezember 1825 und 21. November 1835, die einzige wahre Quelle der Verschwiegenheitspflicht die Rechtsgewohnheit sei, welche in der Amtsverschwiegenheit eine selbstverständliche Folge der Treupflicht sehe. Eine solche Herleitung mit Hilfe einer Rechtsgewohnheit oder, wie es an anderer Stelle heißt, daraus, daß die Amtsverschwiegenheitspflicht beim Fehlen ausdrücklicher gesetzlicher Vorschriften schlechthin als gewohnheitsrechtlich feststehend bezeichnet werden könne, und zwar ungeachtet der beschränkenden Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts über das Gewohnheitsrecht, erscheint auch abgesehen von diesen Bestimmungen sehr zweifelhaft. Die Rechtsgewohnheit setzt eine gleichmäßige Übung seitens aller bei ihr Beteiligten, d. i. der Berechtigten und der Verpflichteten, auf Grund der Annahme, daß das Recht und die Pflicht beständen, voraus, auf dem in Betracht kommenden Gebiet also nicht bloß seitens derjenigen, welche die Verschwiegenheit beanspruchen können, sondern auch seitens deren, die sie zu leisten haben. Besteht nun die sog. opinio necessitatis oder doch das,

Digitized by Google

was ihr hier gleichzustellen wäre, auch bei den Verpflichteten in der zum Entstehen und Fortbestehen eines Gewohnheitsrechts notwendigen, durch bloße Ausnahmen, die als verhältnismäßig seltene nicht hindern, unterbrochenen Gleichmäßigkeit? Schwerlich, dazu sind die Fälle doch gar zu häufig, in denen gegen die Verschwiegenheit verstoßen wird, nicht absichtlich und mit dem Bewußtsein, gegen eine Pflicht zu verstoßen, sondern, weil eine Pflicht nicht als vorhanden angesehen oder bestritten wird, d. i. nicht nur nicht aus Rechtsüberzeugung, sondern mit dem Gegenteile davon. Das gilt selbst für Staatsbeamte, noch mehr aber für Gemeindebeamte und vor allem für die große Masse derjenigen, die, ohne Beamteneigenschaft zu haben, öffentliche Dienste leisten und mit Recht von dem Verfasser als ebenfalls der Verschwiegenheitspflicht unterworfen bezeichnet werden. Freilich ist über die Zahl der Verstöße gegen die Pflicht und über die Gründe zu ihnen niemand auch nur einigermaßen unterrichtet. Aber eben deswegen läßt sich nicht mit einem Gewohnheitsrechte rechnen. Denn dafür darf nicht die gleichmäßige Übung vermutet werden, so daß ihr Nichtvorhandensein dargetan werden müßte, um das Gewohnheitsrecht ablehnen zu können. Sondern es ist die gleichmäßige Übung auf Grund von Rechtsüberzeugung nachzuweisen, d. h. der Beweis, nicht ein Gegenbeweis ist zu führen. Es steht ferner fest, daß ein Gewohnheitsrecht nur in demselben Umfang entstehen kann, in welchem die Übung sich bewegt hat. Daß aber die Übung gerade in dem Umfang und mit den Folgen stattgefunden hat, die v. Calker für die Verschwiegenheitspflicht annimmt, z. B. gegenüber Privatpersonen und bei einer Verletzung der Pflicht, dafür fehlt im allgemeinen und noch mehr für die einzelnen Arten von Verpflichteten (unmittelbare und mittelbare Staatsbeamte, Gemeindebeamte und ohne Beamteneigenschaft öffentliche Dienste leistende Personen) und innerhalb dieser Arten für die einzelnen Fälle der Ämter und öffentlichen Dienste gewiß jeder Nachweis.

Die Mitglieder der preußischen Hauptverwaltung der Staatsschulden haben vor dem Antritt ihres Amtes in öffentlicher Sitzung des preußischen Oberverwaltungsgerichts nach gesetzlich bestimmter Formel einen besonderen strengen Eid zu leisten. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit spricht der Eid jedoch nicht aus. Dagegen ist in der erlassenen Geschäftsanweisung gesagt, daß die Beamten des Schuldbuchbureaus die besondere Verpflichtung haben, über den Inhalt der Schuldbücher und über alle durch den Geschäftsbetrieb des Bureaus zu ihrer Kenntnis gelangenden Vermögensangelegenheiten Stillschweigen zu beobachten, auch soweit nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 4 der Schuldbuchgesetze zweifellos vorliegen. Diese Pflicht ist offenbar nicht auferlegt worden, weil in solchem Umfange sich ein Gewohnheitsrecht für jene Beamten gebildet habe, für das gar keine ausreichende Übung und Rechtsüberzeugung darzutun sein würden, sondern weil die Verschwiegenheit ohnedem gelte und um dies hervorzuheben und daran eindringlich zu erinnern. Ähnlich verhält es sich z. B. noch mit den Beamten der preußischen Orts-, Land- und Innungskrankenkassen (Hahn in der Arbeiter-Versorgung 33. Jahrg. S. 412, 413), und zwar nicht erst wegen eines Gewohnheitsrechts, bis zu dessen Bildung für diese Beamten keine Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bestanden haben würde.

Digitized by Google

Es bedarf auch in der Tat des Umwegs und der Hilfe eines Gewohnheitsrechts nicht. Ohne weiteres, namentlich ohne jede besondere Vorschrift, folgt aus der von dem Verfasser selbst betonten Treupflicht und dem Wesen des Amtes oder des Berufs, ohne Beamteneigenschaft öffentliche Dienste zu leisten, die Pflicht, die dieser Treupflicht und diesem Wesen an sich und dem Maße nach entsprechende Verschwiegenheit zu beobachten. Konnte doch schon selbst ein Privatangestellter (Dienstverpflichteter) vor den §§ 17 und 19 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7. Juni 1909 und kann er noch jetzt hierüber und über alle sonstigen Sonderbestimmungen hinaus ohne Gewohnheitsrecht sowie ohne Vereinbarung verbunden sein, hinsichtlich dessen, was er lediglich durch seine Stellung erfahren hat, Stillschweigen zu bewahren, sofern er sich durch ein anderes Verhalten allgemein mit seiner Stellung und der sich daraus ergebenden Pflicht zur Treue in Widerspruch setzen oder gegen die guten Sitten verstoßen würde. Für etwas, was Teil eines Ganzen oder ein Ausfluß hiervon ist, bedarf es nicht nur keines Gewohnheitsrechts, sondern ist ein besonderes Gewohnheitsrecht begrifflich ausgeschlossen.

Um wenigstens noch eine Einzelheit zu erwähnen, gegen die sich Bedenken geltend machen lassen, so ist es die Ansicht in Anm. 59 über die Zulässigkeit der Mitteilung geschlossener Gerichtsakten an Universitätsdozenten für Unterrichtszwecke. Jedenfalls ist eine solche Zulässigkeit ohne Unterlage in einer Vorschrift nicht für „wohl allgemein statthaft" anzusehen, so wenig wie es eine Mitteilung von Akten an jemand für den Zweck einer wissenschaftlichen Arbeit sein würde, sei es einer Anzahl von ein gewisses Rechtsgebiet betreffenden Akten, sei es auch nur eines einzelnen Aktenstücks. Wenn der Empfänger seinerseits keine Amtsverschwiegenheitspflicht hat oder seine Pflicht nicht beobachtet und den bei den Akten Beteiligten dadurch Schaden erwächst, dürfte der Mitteilende gewiß haftbar oder mithaftbar sein.

Dr. Schultzenstein.

---

26. Robert Piloty, Professor an der Universität Würzburg, Verwaltungsrechtliche Gedanken. Tübingen, Verlag von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1916. 24 S. Preis 1 *M*.

Die Abhandlung hat zunächst ebenfalls (siehe die Besprechung, welche der jetzigen vorhergeht) einen Teil der Festgabe für Otto Mayer gebildet. Die in ihr enthaltenen Gedanken sind vom Verfasser in langen Jahren erwogen und im Felde niedergeschrieben worden. Diese Gedanken sind durchweg sehr beachtenswert und anregend. Meist wird man ihnen auch schlechthin zustimmen können. So ist es gewiß zutreffend, wenn ganz besonders und mehr, als bisher vielfach geschehen, für das öffentliche Recht, worunter wenigstens zunächst das Verwaltungsrecht im Gegensatze zum bürgerlichen Rechte verstanden ist, hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Recht und Pflicht der Ton auf die Pflicht gelegt wird und von dieser auszugehen ist, ehe man zu einem Rechte gelangt, und es hierfür daher nicht Rechtslehre, Rechtsordnung, Rechtssystem usw., sondern Pflichtlehre, Pflichtordnung, Pflichtsystem usw. heißen sollte. Freilich macht das in der An-

Digitized by Google

wendung oft keinen Unterschied, aber die ganze Grundanschauung wird doch eine völlig andere, richtigere. Um von den Beispielen des Verfassers nur zwei herauszuheben, so steht selbst bei dem Eigentume die Pflicht vor dem Rechte und bei dem sog. Systeme der subjektiven öffentlichen Rechte diesem ein System der subjektiven öffentlichen Pflichten gegenüber und voran. Wie richtig ist es ferner, wenn die Besonderheiten in unserer deutschen Entwickelung über die des Verwaltungsrechts hinaus fast restlos auf zwei Ursachen zurückgeführt werden, erstens auf das Interesse der Landesverteidigung und zweitens auf das an der Wahrung geschichtlich überlieferter Einrichtungen, und hinzugefügt wird, nur widerwillig und langsam werde das Ausland diese beiden Gründe begreifen, und bis dahin werde auch das Verständnis für unsere Organisation fehlen. Während wir bisher alles Fremde zu hoch einschätzten, sind unsere Feinde in den entgegengesetzten und für sie verhängnisvoll gewordenen Fehler verfallen, aus sehr verschiedenartiger Veranlassung, die deutschen Einrichtungen und das deutsche Wesen gar nicht kennen und verstehen lernen zu wollen, sondern einfach zu mißachten.

Dagegen ist allerdings auch einzelnes zu beanstanden, so z. B. gleich das, was am Anfange der Abhandlung über die Stellung gesagt wird, welche die Verwaltung zum Verwaltungsrechte einzunehmen bestrebt sei, daß „in ihr ein unausrottbares Element von Absolutismus (Willkür) liege", daß „wir sie, vor den Richter gestellt, als eine oft recht unnachgiebige Partei fänden", daß „sich allenthalben das so mannigfaltig und unaufhörlich wahrnehmbare Bestreben der Verwaltung zeige, sich absolut, d. h. vom Rechte ungehemmt und frei in der Selbstbestimmung ihrer Zwecke und Mittel zu erhalten — selbst im Frieden", usw. Im Begriffe der Verwaltung liegt solches gewiß nicht, und ob anzunehmen ist, daß die Verwaltung sich tatsächlich so verhält, wird mehr oder weniger davon abhängen, welches in dem eigenen, immer eng begrenzt bleibenden Gesichtskreise des einzelnen die Erfahrungen gewesen sind. Dabei wird einen besonders sachgemäßen Prüfstein der Einfluß, den die Verwaltungsrechtsprechung auf die Verwaltung ausübt, bilden. In dieser Beziehung aber möchte ich zwar nur von meinem preußischen Standpunkt aus, andererseits jedoch nach einer fünfundzwanzigjährigen Tätigkeit in dem höchsten Verwaltungsgerichtshofe bemerken, daß sich dessen Entscheidungen, auch soweit sie nicht bloß einen einzelnen Fall betreffen, sondern allgemeine Grundsätze aussprechen, die Verwaltung mit ganz verschwindenden Ausnahmen zu fügen bereit gewesen ist und auch oft ihr recht unbequeme Grundsätze ohne weiteres befolgt hat. Noch mehr wird auf Widerspruch stoßen, daß für unsere Reichsjustizordnung „den Grundplan eine Gerichtsordnung von zwei Instanzen bilden sollte". Auch bei dem, wie der Lohn gestaltet sein solle, der öffentlichem Verdienste zuteil werde, wird einiges kaum auf allgemeine Zustimmung zu rechnen haben.

Mögen die vorstehenden kurzen Bemerkungen zeigen, wie vielerlei die kleine Schrift enthält, und hierdurch dazu führen, daß sie von recht vielen gelesen wird.

Dr. Schultzenstein.

Digitized by Google

Kurze Anzeigen.

Dr. jur. Eduard Hubrich, o. ö. Professor der Rechte, Der Statutenbegriff im Allgemeinen Landrechte für die Preußischen Staaten. Festschrift der Universität Greifswald zum Rektoratswechsel am 15. Mai 1916. Greifswald, Julius Abel, 1916. 77 S.

In der ihm eigenen, tief eindringenden, namentlich auch die gesamten erlangbaren Quellen heranziehenden Weise, welche den Lesern des Verwaltungsarchivs durch die darin veröffentlichten, überaus wertvollen Abhandlungen Hubrichs wohl bekannt ist, ermittelt der Verfasser den bisher noch nicht näher klargestellten landrechtlichen Statutenbegriff, wie er in der Einleitung und in Teil II Tit. 13 Anerkennung gefunden hat. Sein, m. D. nicht zu beanstandendes Ergebnis ist, daß danach die „Statuten" nur im Sinne von Legalstatuten angenommen worden sind, und daß, wo etwa Anlaß zur Anwendung des Rechtsbegriffs des statutum conventionale gewesen wäre, der Text des Allgemeinen Landrechts nur den Ausdruck „Verträge" gebraucht. Die spätere Praxis habe jedoch diesen eingeschränkten Gebrauch des Statutenbegriffs nicht streng festgehalten. Es finde sich bei ihr mitunter — wahrscheinlich, weil der gewöhnliche Sprachgebrauch der Zeit sich bereits zu sehr an den Begriff des statutum conventionale gewöhnt hätte, — auch der Ausdruck „Statut" im Sinne eines Konventionalstatuts. Im übrigen bestätige diese Praxis vollauf das Ergebnis. Die Schrift hat nicht bloß rechtsgeschichtliche Bedeutung, sondern ist auch noch für die jetzige Rechtsanwendung von großem Werte. Das letztere gilt namentlich als Vorbereitung für die Lösung zweier, gerade in der Gegenwart sehr wichtig gewordener Streitfragen, nämlich, ob die preußischen Universitätsstatuten auch in der Gegenwart noch als gesetzte Rechtsnormen angesprochen werden können, und ob die sog. „autonomen Statuten" einem Publikationszwange wie die eigentlichen Staatsgesetze unterliegen. Diese beiden Streitfragen will Hubrich demnächst besonders und unmittelbar beantworten.

Handbuch der inneren Verwaltung für Bayern rechts des Rheines. Herausgegeben in Verbindung mit anderen von Julius Henle, Ministerialdirektor im K. Staatsministerium des

Digitized by Google

Innern. C. H. Beckſche Verlagsbuchhandlung, Oskar Beck, München. Zweite bis vierte Lieferung. 1914, 1915. S. 113—408. Preis je 2,50 *M*.

Seit der erſten, in Bd. 22 S. 205 f. des Verwaltungsarchivs angezeigten Lieferung iſt das Werk bis zum § 72 „Verhältnis der Religionsgeſellſchaften zueinander" gediehen. Die neuen Lieferungen beſtätigen in vollem Umfange das früher ausgeſprochene Urteil, namentlich auch das, was über die nachahmenswerte Eigenart des Handbuchs geſagt worden war. Das langſame Fortſchreiten des Werkes hängt vorausſichtlich mit dem Kriege zuſammen. Inzwiſchen iſt der vierten Lieferung eine Anzahl von Nachträgen und Berichtigungen zu den erſten drei Lieferungen beigegeben worden.

Arthur Liebrecht, Magiſtratsrat in Berlin, Geſetz, betreffend Unterſtützung von Familien in den Dienſt eingetretener Mannſchaften, vom 28. Februar 1888 in ſeiner Neufaſſung vom 4. Auguſt 1914 nebſt den reichsrechtlichen Abänderungen, den preußiſchen, bayeriſchen, württembergiſchen und badiſchen Ausführungsbeſtimmungen und den Bundesratsverordnungen, betreffend Wochenhilfe während des Krieges. Mit Erläuterungen. Dritte vermehrte Auflage. Berlin 1916. Verlag von Franz Vahlen. 293 S. Preis geb. 4,80 *M*.

Das erläuterte Geſetz hat vor dem Kriege keine praktiſche Bedeutung gehabt. Seitdem iſt es aber anders und ſind Erläuterungen zu ihm dringend für weite Kreiſe notwendig geworden. Die erſte Auflage des Werkes erſchien im September 1914, die zweite im Februar 1915. Nun iſt ſchon die dritte gefolgt. Dieſe bezeichnet ſich mit Recht als eine vermehrte. Der Verfaſſer hat ſie auf den geſamten einſchlagenden Stoff, der gegenwärtig vorliegt, ausgedehnt und ſeine Erläuterungen vertieft und ebenfalls erweitert. Es dürfte keine Zweifels- und Streitfrage mehr übrig ſein, über welche nicht in zuverläſſiger Weiſe Auskunft geboten wird.

Dr. Schultzenſtein.

Digitized by Google

A. Abhandlungen.

XIII.

Zur Kontroverse über das Kirchenrecht des Allgemeinen Landrechts.

Zugleich ein Beitrag über die Prinzipalität des öffentlichen Rechtes dieses Gesetzbuchs und über die Frage:
Was ist „wirkliches" oder „geltendes" Recht?

Von Herrn Dr. jur. Eduard Hubrich, o. ö. Professor der Rechte in Greifswald.

§ 1. Einleitung.

In meiner kirchenrechtlichen Studie: „Staat und Kirche in der preußischen Monarchie am Ausgange des 18. Jahrhunderts" (Verwaltungsarchiv Bd. 20 und 21) war es eine meiner Hauptaufgaben, den gesetzlichen Tatbestand jener Zeit durch sorgfältige Ermittelung seines Sinnes und seiner Tragweite namentlich gegen die vielfachen Mißverständnisse Niedners in Schutz zu nehmen. Wie wenig Niedners Untersuchungsmethode beweissichere Resultate hinsichtlich der kirchenrechtlichen Lage jener Zeit hervorgebracht hat, möchte ich nunmehr noch für zwei weitere Fälle dartun. Es handelt sich einmal um die Verwertung der vom Regierungspräsidenten E. J. W. E. v. Massow herausgegebenen „Anleitung zum praktischen Dienst der Königl. Preußischen Regierungen, Landes- und Unterjustizkollegien, Consistorien, Vormundschaftskollegien und Justizkommissarien für Referendarien und Justizbediente. Berlin und Stettin 1792", dann aber um den von Niedner hier ebenfalls in die Debatte gezogenen Streit

Digitized by Google

über die angebliche Subsidiarität auch der öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts. Auf den zweiten Punkt gehe ich dabei um so lieber ein, als es sich hier bekanntermaßen um einen wissenschaftlichen Gegenstand von allgemeinerer Bedeutung handelt. Zum Schlusse folgt eine allgemeine rechtliche Erörterung über „Gesetzeswille und Praxis", die auch zur Widerlegung Riedners vonnöten ist.

§ 2. Kollegialismus oder Territorialismus in Preußen?

In meiner vorerwähnten kirchenrechtlichen Studie vertrete ich die Auffassung, daß bereits das Allgemeine Landrecht, fußend auf dem 1785 veröffentlichten Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs, in kirchenrechtlicher Hinsicht seinen Normenbau der grundsätzlichen Unterscheidung von staatlicher Kirchenhoheit und geistlicher Kirchengewalt angepaßt habe, und daß namentlich auch gegenüber den protestantischen Kirchenverhältnissen als die prinzipielle Grundlage der kirchenrechtlichen Partie des Allgemeinen Landrechts gerade der Kollegialismus erscheine, wenngleich derselbe in manchen Stücken nicht unerheblich territorialistisch modifiziert worden[1]).

Demgegenüber hält Riedner die kirchlichen Zustände in Preußen gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts noch vom starrsten Territorialismus beherrscht. Auch bei Erlaß des Allgemeinen Landrechts sei die für die Regierung maßgebende Auffassung noch darauf gerichtet gewesen, daß die selbstverständlich positive Leitung des evangelischen Kirchenwesens, gleichgültig wie sie an den Staat gekommen, jedenfalls als Staatsaufgabe zu behandeln sei. Daß aber namentlich die praktische Kirchenverwaltung trotz des Allgemeinen Landrechts gegen Ende des 18. Jahrhunderts ganz im territorialistischen Banne gelegen, glaubt Riedner geradezu unwiderleglich durch den Inhalt des Werkes eines praktischen Verwaltungsbeamten jener Tage bewiesen[2]): nämlich jener Massowschen „Anleitung" von 1792.

Die nähere Einsicht der Massowschen „Anleitung", die ich erst jetzt nach Entleihung aus der Königlichen Bibliothek zu Berlin benutzen kann, ergibt jedoch, daß dies Riednersche Parade-

[1]) S. Verwaltungsarchiv Bd. 21 S. 43 f., 233 f.

[2]) Riedner, Die Ausgaben des preußischen Staates für die evangelische Landeskirche 1904 S. 113 f.

Digitized by Google

beweisstück absolut untauglich ist, den von ihm verlangten Beweis zu leisten. Sein Inhalt nämlich entspricht einem Rechtszustande, der mit dem Inkrafttreten der landrechtlichen Kodifikation überholt wurde. Das Titelblatt von Teil I und II der Massowschen Anleitung trägt zwar das Erscheinungsjahr „1792". Aber diese äußere — einer bekannten Buchhändlergewohnheit folgende — Eigentümlichkeit kann den schärferen Betrachter der Dinge nicht darüber hinwegtäuschen, daß die „Anleitung" inhaltlich durchaus nicht in allen Beziehungen dem neuen Gesetzesstande gerecht wird, den der preußische Gesetzgeber damals für die Monarchie zu schaffen im Begriffe war: zunächst im Vorläufer des Allgemeinen Landrechts, dem Allgemeinen Gesetzbuche für die preußischen Staaten, welches, durch Patent vom 20. März 1791 verkündet, im Juni 1792 in Kraft treten sollte, durch Allerhöchste Ordre vom 18. April 1792 aber suspendiert wurde [3]). Schon aus der vom 31. Dezember 1790 datierten Vorrede erhellt, daß die „Anleitung" etwa zwischen 1785 bis 1790 entstanden und abgeschlossen ist, namentlich aber zeigen die mehrfachen Daten des 11. Titels 3. Abschnitt „Von Consistorialgeschäften", daß hier nur der Rechtszustand von 1785—1788 berücksichtigt ist. Daß die neuen, schon vom Geiste des prinzipiellen Kollegialismus getragenen Gestaltungen auf kirchenrechtlichem Gebiete, welche zuerst in dem 1785 gedruckten Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs der Öffentlichkeit angekündigt waren, zunächst für den sachlichen Vortrag der „Anleitung" ganz außer Betracht blieben, bestätigt insbesondere klar Teil II S. 744:

> „In dem Entwurf eines Allgemeinen Gesetzbuchs für die preußischen Staaten hat man die — das Kirchen-, Schul- und Armenwesen angehenden — Gesetze schon mit aufgenommen, und es wird also nach Emanierung dieses Gesetzbuchs nur noch nötig sein, die nicht in das Gesetzbuch gehörenden übrigen Materien der Konsistorialgeschäfte in einer allgemeinen Preußischen Kirchen-, Konsistorial-, Schul- und Armenordnung — und demnächst in den künftigen Provinzialgesetzbüchern und Provinzialordnungen die vorbenannten Gegenstände nachzuholen."

Es ist bei diesem dem Blicke Niedners ganz entgangenen Sachverhalte natürlich kein Wunder, daß Massows „Anleitung" in evangelisch-kirchenrechtlicher Hinsicht nur dem Standpunkte des

[3]) Stölzel, Svarez S. 281, 354.

Digitized by Google

strengen Territorialismus entspricht, aber selbstverständlich auch eine wissenschaftliche Unmöglichkeit, die Massowschen Ausführungen gegen die von mir gewonnenen Auslegungsergebnisse des landrechtlichen Kirchenrechts irgendwie mit Erfolg auszuspielen. Immerhin beweisen selbst einzelne Stellen der „Anleitung", daß ihr Verfasser den juristischen Unterschied zwischen eigentlichen Kirchensachen und Angelegenheiten der staatlichen Kirchenhoheit persönlich wohl zu erfassen vermocht hat.

> So S. 739: „Geschäfte der dritten Klasse (der Konsistorialgeschäfte) fassen alles dasjenige in sich, was zur Verwaltung der Rechte des Staats oder des Landesherrn in Konsistorialsachen gehöret, demnächst aber auch die Ausübung der sogenannten bischöflichen Rechte, die in protestantischen Konsistorialsachen mit dem landesherrlichen Hoheitsrechte verbunden sind, in Angelegenheiten der katholischen Religion aber — von den katholischen Bischöfen — unter Oberaufsicht des Landesherrn exerziert werden." S. 742: „In Ansehung der Religion gehören eigentlich nur die evangelisch-lutherischen Konsistorialsachen in ihrem ganzen Umfange für die Konsistorien der Provinz; die katholischen aber stehen, quoad mere spiritualia, unter dem katholischen Bischofe; die Deutsch- und Französisch-Reformierten aber unter besonderen Konsistorien — und unter dem reformierten Kirchendirektorio zu Berlin."

Und sogar in organisatorischer Hinsicht findet sich bereits bei Massow ein Hinweis auf die Angemessenheit einer Sonderung von Kirchen- und Staatssachen.

> S. 752: „An sich scheint es besser zu sein, wenn — wie in Pommern — das Konsistorium ein — von dem Landesjustizkollegio in Ansehung seiner Sessionen und Registratur abgesondertes — doch aber mit diesem unter einerlei Chef oder Präsidenten stehendes — Kollegium ausmacht; weil die Zuziehung der geistlichen Konsistorialräte eine völlige Verbindung beider Kollegien erschwert; weil nicht alle Mitglieder des Justizkollegii durch die Konsistorialsessionen und Vorträge von ihren übrigen Dienstgeschäften abgehalten werden, und überhaupt die Konsistorialsachen in besonderen Sessionen gründlicher erwogen werden können.

§ 3. Prinzipalität oder Subsidiarität des öffentlichen Rechtes des Allgemeinen Landrechts?

Nach der Publikation meiner im Manuskripte gegen Oktober 1910 abgeschlossenen kirchenrechtlichen Abhandlung hat Niedner darauf mit einigen Ausführungen geantwortet, welche er einer Besprechung der Arbeit von Ernst Martens, Die hannoversche

Digitized by Google

Kirchenkommission (a. u. d. T.: Kirchenrechtliche Abhandlungen, herausgegeben von Stutz, H. 79 und 80, Stuttgart 1913) eingeschaltet hat[4]). Den von Niedner bei dieser Gelegenheit mir gemachten Vorwurf, übersehen zu haben, daß das Allgemeine Landrecht selbst gar nicht prinzipale, sondern nur subsidiäre Geltung beanspruche, kann ich jedoch keineswegs gelten lassen. Im Verwaltungsarchiv Bd. 21 S. 224 hatte ich bereits — in einer für die Situation bei der Niederschrift meiner kirchenrechtlichen Studie sicherlich genügenden Weise — ausdrücklich meine Zustimmung zu der Ansicht erklärt, „daß die spezifisch öffentlichrechtlichen Normen nach der Intention des landrechtlichen Gesetzgebers schlechthin den partikulären Kirchenordnungen vorgehen sollten". Darin lag implicite bereits eine deutliche Ablehnung des entgegengesetzten Standpunkts von Niedner, der nur dann die subsidiäre Natur des Allgemeinen Landrechts, wie geschehen, mir wiederum als Angriffsmittel entgegenhalten durfte, wenn es ihm tatsächlich gelungen wäre, seine Ansicht als allein möglich und zweifelsfrei zu erweisen — was indessen gar nicht der Fall ist.

Die Frage, ob auch die öffentlichrechtlichen Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts dem Provinzial- und sonstigen Partikularrecht in Preußen nur subsidiär gegenübertreten sollten, ist Gegenstand einer schon lange erörterten und selbst bis zu diesem Augenblicke noch immer nicht vollständig ausgeglichenen Kontroverse. Den Bejahern der Streitfrage stehen mindestens ebenso gewichtige Verneiner gegenüber. Wenn ich nun noch einmal auf die Kontroverse eingehe, so rechtfertigt sich dies wohl durch die Heranziehung neuer Gesichtspunkte — namentlich gegenüber Niedner, dessen nähere Beweisführung sich in dem Aufsatze „Die Mitwirkung der ersten Geistlichen bei der Besetzung der Diakonatsstellen in den Städten der Provinz Brandenburg" (Deutsche Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 15 S. 433 f.) befindet.

Bedeutsam für die Streitfrage ist zunächst das Publikationspatent vom 5. Februar 1794, dessen entsprechender Wortlaut, als wohlbeachtsame Interpretationsgrundlage, hier eingerückt werden muß:

„So haben Wir resolviret, besagte Gesetzsammlung in dieser ihrer gegenwärtigen Gestalt . . . hierdurch anderweit publiciren zu

[4]) Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte 34. Bd., kanonistische Abteilung III. 1913, S. 613 f.

Digitized by Google

lassen, in Unsern gesammten Landen wirklich einzuführen und diesem Allgemeinen Landrechte vom 1. Junius 1794 an volle Gesetzeskraft beizulegen: also, daß nach diesem benannten Tage dasselbe bei Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, sowie bei Entscheidung der sich ereignenden Rechtsstreitigkeiten zum Grunde gelegt werden soll.

Damit aber auch über die verbindliche Kraft und Anwendbarkeit dieses Allgemeinen Landrechts nach besagtem Zeitpunkte keine Zweifel oder Ungewißheit mehr übrig bleiben mögen, so finden Wir nötig, nachstehende nähere Bestimmungen darüber festzusetzen:

I. Das gegenwärtige Allgemeine Landrecht soll an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und andrer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten: also, daß von dem oben bemerkten Zeitpunkte, dem 1. Junius 1794 an, auf diese bisherigen subsidiarischen Gesetze und Rechte nicht mehr zurückgegangen, sondern in vorkommenden späteren Fällen nur nach den Vorschriften des gegenwärtigen Landrechts in allen Unsern unmittelbaren und mittelbaren Gerichtshöfen erkannt werden soll.

II. Ebenso tritt dieses Allgemeine Landrecht an die Stelle der über einzelne Rechtsmaterien von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Edicte und Verordnungen, welche bisher in allen Unsern Provinzen als gemeine Landesgesetze gegolten haben; indem dafür gesorgt worden ist, daß diese einzelnen Edicte und Verordnungen bei der Anfertigung des Landrechts nochmals revidirt und ihrem Inhalte nach bei den Gegenständen, welche sie betreffen, gehörigen Orts aufgenommen und eingeschaltet worden. Insofern jedoch in dem gegenwärtigen Landrecht auf ein solches über einzelne Materien ergangenes Edict oder sonstige Verordnung Bezug genommen und dahin verwiesen worden, versteht es sich von selbst, daß dergleichen Edict oder Verordnung seine gesetzliche Kraft in Ansehung aller Stellen und Vorschriften, die nicht etwa in diesem Landrecht ausdrücklich geändert sind, nach wie vor behalte.

III. Die in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besonderen Provinzialgesetze und Statuten behalten zwar vor der Hand noch ihre gesetzliche Kraft und Giltigkeit; dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und nur erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts beurteilt und entschieden werden sollen."

Die folgenden §§ IV und V bezw. VII ordnen darauf die Kodification der „Provinzialgesetze und Statuten", sowie „der Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in dieser oder jener Pro-

Digitized by Google

vinz oder an einzelnen Orten bisher stattgefunden haben", zu Provinzialgesetzbüchern an. Die Ausarbeitung der Entwürfe der Provinzialgesetzbücher wird den Landesjustizkollegia in Gemeinschaft mit den Deputirten der Stände übertragen; die fertiggestellten Entwürfe sind der Gesetzkommission vorzulegen und sodann zur „Höchsteigenen weiteren Verfügung und Bestätigung" des Königs einzusenden. Nach § VI des Publikationspatents sollen Collegia und Stände bei den Entwürfen der Provinzialgesetzbücher besonders darauf sehen, „daß die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen mit der allgemeinen soviel als möglich in Gleichförmigkeit gebracht" werde: „abweichende Bestimmungen (sollten) nicht anders als aus sehr erheblichen Gründen, welche etwa auf die besondere Verfassung, natürliche Beschaffenheit und Lage der Provinz oder auf gewisse eigentümliche Arten von Gewerben und Beschäftigungen der Einwohner oder endlich auf gewisse ursprüngliche, ohne Nachtheil wohlerworbener Rechte nicht aufzuhebende Einrichtungen und Anstalten sich beziehen, in die Provinzialgesetzbücher aufgenommen werden".

In Bewegung wurde die Kontroverse über die prinzipale oder subsidiäre Gesetzeskraft der öffentlichrechtlichen Normen des Allgemeinen Landrechts zunächst gesetzt durch das Obertribunalserkenntnis vom 11. April 1840 (Entscheidungen Bd. 6 S. 86). Hier wurde die Verbindlichkeit einer provinziellen Verordnung vom 11. Januar 1790 über das Pfändungsrecht mit folgender Ausführung verneint:

„Die in Rede stehende Verordnung betrifft aber nicht bloß Privat- und Vermögensrechte oder, wie sich der Art. III (Publikationspatent vom 5. Februar 1794) ausdrückt, „Rechtsangelegenheiten", auf welche sich die im allgemeinen angeordnete Beibehaltung der Provinzialgesetze und Statuten allein bezieht; sie berührt vielmehr auch das öffentliche Recht, und soweit dies der Fall ist, soweit der Staat und die öffentliche Ordnung allein interessiert, trat das Allgemeine Landrecht bei seiner Publikation sogleich und in allen Provinzen in Wirksamkeit. In der Tat waren in dieser Beziehung auch keine Privatinteressen oder wohlerworbene Rechte einzelner zu berücksichtigen, und es ist daher kein Grund ersichtlich, der den Gesetzgeber hätte abhalten können, den innerhalb jener Sphäre nach allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit und Zweckmäßigkeit erlassenen Bestimmungen sofortige und allgemeine Geltung zu geben. Sofern daher die älteren partikularen Pfändungsordnungen Vorschriften enthalten, welche die Natur polizeilicher oder strafrechtlicher Bestimmungen haben, gelten dieselben nicht weiter,

Digitized by Google

als das Allgemeine Landrecht sie ausdrücklich gebilligt hat, wie dies zum Teil wirklich geschehen ist."[5])

Weiter rechnete auch ein Obertribunalserkenntnis vom 10. September 1847, da die Beibehaltung der Provinzialrechte und Statuten im § III Publikationspatent „lediglich" auf „Rechtsangelegenheiten" beschränkt sei, „rein polizeiliche Vorschriften" nicht darunter und erachtete deshalb das Suhler Baureglement vom 19. Juni 1753 (in Baustreitigkeiten) nicht mehr für anwendbar (Ergänzungen des Allgemeinen Landrechts, 3. Ausgabe, Bd. 1 S. 38). Und endlich bezog noch ein Obertribunalserkenntnis vom 9. November 1855 (III. Senat; Entscheidungen Bd. 32 S. 187) die „Rechtsangelegenheiten" des § III Publikationspatent „zunächst und hauptsächlich nur auf Privat- und Vermögensrechte" und erklärte es „für bedenklich, die subsidiäre Natur des Allgemeinen Landrechts auch da anzunehmen, wo es sich um ein aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt und Ordnung erlassenes, die Beamten einer bestimmten Kategorie betreffendes Verbotsgesetz handelt". Es wurde demgemäß auch dem § 138 II 16 ALR., wonach den Bergbeamten die Beteiligung beim Bau von Bergwerken ohne ausdrückliche Genehmigung der vorgesetzten Behörde bei Strafe der Konfiskation untersagt war, — als einer „für das ganze Staatsgebiet" Geltung beanspruchenden Norm — schlechthin derogatorische Wirkung gegenüber der Cleve-Märkischen Bergordnung vom 29. April 1766 zugeschrieben, welche letztere den Bergbeamten die Erwerbung von Bergwerkseigentum unter gewissen Beschränkungen gestattete[6]). Auch eine von König Friedrich Wilhelm III. erlassene Kabinetts-

[5]) Vgl. auch Entsch. Bd. 6 S. 89: „Nur hier (I 14 § 439), in betreff der Höhe des Pfandgeldes, wird ausdrücklich auf die Provinzialgesetze verwiesen; in allen übrigen Beziehungen treten dagegen die Vorschriften des Landrechts als allein maßgebend hervor, nicht nur wegen ihrer prohibitorischen Fassung und wegen der Natur ihres Gegenstands, sondern auch, weil in dem § 439 den Provinzialgesetzen nur noch eingeschränkte Wirksamkeit zugeschrieben wird. . . . Ein ähnliches Beispiel von Beseitigung der Provinzialrechte ergeben übrigens die §§ 419, 420 II 7."

[6]) Die Entscheidung vom 9. November 1855 S. 190 bezieht sich auch noch auf eine Bemerkung des „Gesetzrevisors", daß die Bestimmungen der Bergordnungen sehr abweichend seien, daß aber „die in den Cabinetsordres von 1806 und 1808 enthaltenen Grundsätze über den Ausschluß der Bergofficianten und ihrer Angehörigen vom bergrechtlichen Erwerb ‚als staatsrechtlich allgemeine Anerkennung finden müßten'".

Digitized by Google

order vom 5. August 1833 bejahte die prinzipale Geltung der §§ 780 ff. II 18 ALR. gegenüber abweichenden Provinzialgesetzen und Statuten — also „Aussetzung der Gütergemeinschaft, wenn ein Pflegebefohlener während der Vormundschaft heiratet, ohne Rücksicht auf den Inhalt von Provinzialgesetzen, Statuten und Gewohnheiten" —, weil es sich dabei um eine „unter den Bestimmungen des Vormundschaftsrechts im öffentlichen Interesse aufgenommene Ausnahme für die Minderjährigen" handle [7]), welche „von den vormundschaftlichen Behörden bei eigener Vertretung berücksichtigt werden" müsse (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 42 S. 124; s. auch Ministerialreskript vom 1. März 1833 Bd. 41 S. 217: „Was die allgemeine Vormundschaftsordnung festsetzt, kann auch durch Bestimmungen von provinziellen Verordnungen nicht abgeändert werden"). Daß aber speziell das zum öffentlichen Rechte gerechnete Strafrecht des Allgemeinen Landrechts das ältere Provinzialstrafrecht beseitigt habe, begründete ein Obertribunalserkenntnis vom 2. September 1858 (Justizministerialblatt 1858 S. 299) folgendermaßen:

> „Daß der § 186 I 22 hinsichtlich der Bestrafung der Hut in Schonungen verfügt, daß dieselbe nach näherer Bestimmung des in II 20 enthaltenen Kriminalrechts erfolgen solle; daß hiermit die Anwendung provinzialrechtlicher Strafbestimmungen im Interesse der öffentlichen Ordnung auf das Behüten der Schonungen ohne Unterschied, ob man sie nach den heutigen Begriffs-Unterschieden polizeiliche oder kriminelle nennen kann, seit Publikation des Allgemeinen Landrechts unzweideutig ausgeschlossen war; daß mit der speciellen Hinweisung des § 186 I 22 auf das Criminalrecht im Teile II die Artikel III und XVIII Publikationspatent vom 5. Februar 1794 in Einklang stehen, indem Artikel III die Provinzialgesetze und Statuten nur „bergestalt" aufrechterhält, daß die vorkommenden „Rechtsangelegenheiten" hauptsächlich nach diesen beurteilt und entschieden werden sollen, worunter Vergehen ohne Zwang der Worte sich nicht begreifen lassen und der Artikel XVIII die unbedingte Anwendung der im Landrecht enthaltenen Strafgesetze für die Zukunft gleich § 18 Einleitung voraussetzt, wo das Landrecht nicht selbst im besonderen darauf verweist; daß schon in der Anfrage der Oberamtsregierung zu Breslau vom 7. Juni 1797 als Grund der Beibehaltung der Provinzialgesetze im Gebiete

[7]) Vgl. v. Strombeck in v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 9 S. 96: „Das Vormundschaftswesen ist ein Gegenstand der polizeilichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes" und dazu S. 93.

Digitized by Google

des Privatrechts und ihrer Aufhebung im Strafrecht angeführt ist, „daß keine jura quaesita gekränkt werden sollten, eine solche Kränkung aber wohl nicht zu denken, wenn von Bestrafung eines Vergehens gegen den Staat die Rede sei" (Stengel, Beiträge Bd. 4 S. 409—410) und die Entscheidung der Gesetzkommission (S. 414 daselbst) von der nämlichen Ansicht ausgegangen ist."

Die ältere Doktrin des preußischen Rechtes hat keine Bedenken getragen, dem im Obertribunalserkenntnisse vom 11. April 1840 ausgesprochenen Rechtsgrundsatze von der prinzipalen Geltung derjenigen landrechtlichen Bestimmungen, bei welchen „der Staat und die öffentliche Ordnung allein interessiere", rückhaltlos zuzustimmen.

Vom privatrechtlichen Standpunkt erklärten ihre Zustimmung: Koch, Beurteilung der ersten zehn Bände der Entscheidungen des Obertribunals 1847 S. 413 und Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 3. Aufl., 1857 S. 11: (als eine in einzelnen Zweifelsfällen geltende Regel) „weil das Interesse des Staates und der öffentlichen Ordnung nicht nach den Provinzen und Ortschaften verschieden ist, vielmehr sich im ganzen Lande gleichbleibt"; Heydemann, Preußisches Zivilrecht, 2. Aufl., Bd. 1 1867 S. 69 (mit dem Zusatz: „Ebenso im Gebiete des Strafrechts", Obertribunal, Entscheidungen Bd. 9 S. 384, 389). Demgegenüber bemerkte erst Dernburg, Preußisches Privatrecht, 4. Aufl., Bd. 1 1884 S. 20:

„Die Subsidiarität des Landrechts ist begreiflich nur die Regel. Wo die Intention des Landrechts auf Schaffen eines durchgreifenden allgemeingiltigen Rechtszustandes gerichtet war, sind entgegenstehende provinzielle Bestimmungen außer Kraft gesetzt. Hierbei ist nach Lage des Einzelfalls zu befinden. Insbesondere ist jene Absicht anzunehmen, wenn es sich um ein aus Gründen öffentlicher Wohlfahrt und Ordnung erlassenes Verbotsgesetz handelt. Daß alle älteren provinziellen Bestimmungen, bei denen das öffentliche Recht beteiligt ist[8]), aufgehoben seien, wie Koch behauptet, ist unrichtig. Der Grund Kochs ist, daß das Interesse des Staates und der öffentlichen Ordnung nicht nach Provinzen und Ortschaften verschieden sei. Allein es können an sich diese Interessen allerdings je nach den verschiedenen Territorien in verschiedener Weise realisiert werden."

[8]) Das Obertribunalserkenntnis vom 11. April 1840 spricht aber nur davon, daß bei den prinzipal geltenden Landrechtsvorschriften „der Staat und die öffentliche Ordnung allein interessieren" muß!

Digitized by Google

Der Dernburgschen Ansicht folgte in der achten Auflage des Kochschen Kommentars zum Allgemeinen Landrechte Bd. 1, 1884, S. 4 Johow, nachdem auch Koch bereits selbst angesichts einiger anscheinend abweichender Obertribunalserkenntnisse bemerkt hatte, daß die Anwendung des Grundsatzes von der prinzipalen Geltung der öffentlichrechtlichen Landrechtsvorschriften sich keiner Gleichmäßigkeit erfreue[9]).

Vom staatsrechtlichen Standpunkt erklärten ihre Zustimmung zu dem Rechtsgrundsatze der Obertribunalsentscheidung vom 11. April 1840: H. Simon, Preußisches Staatsrecht Bd. 1, 1844,

---

[9]) Die von verschiedener Seite angeführten Obertribunalserkenntnisse, die für den Vorzug des Partikularrechts auch vor den öffentlichrechtlichen Landrechtsbestimmungen sprechen sollen, werden nur mißverständlich herangezogen. Sie lehnen jedenfalls — was entscheidend ist! — den Obertribunalsgrundsatz vom 11. April 1840 nicht ausdrücklich, ab, und wenn sie Partikularrecht vor dem Landrecht anwenden, so rechtfertigt sich dies aus der besonderen Sachlage des zur Entscheidung stehenden Falles. Mißverständlich in diesem Sinne ist herangezogen von Koch: Obertribunal 7. Januar 1850 (Entscheidung Bd. 19 S. 53); von Johow und Dernburg: Obertribunal vom 11. November 1872 (Entscheidungen Bd. 68 S. 201: Verbindlichkeiten aus § 13 Reglement von 1765 und aus § 36 II 12 „in ihrem inneren Wesen grundverschieden voneinander"). Ferner mißverständlich v. Roenne-Zorn Bd. 1 S. 164 die Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Bd. 24 S. 276. Es genügt insbesondere, um den Vorrang des Partikularrechts auch vor dem öffentlichen Rechte des Landrechts durch Gerichtssprüche darzulegen, nicht bloß die auf die etwaige Überschrift der publizierten Erkenntnisse sich stützende Konstatierung, daß eine vorlandrechtliche Partikularnorm unter Ausschaltung des Landrechts angewendet sei, sondern es ist immer aus den Urteilsgründen genauer zu ermitteln, ob nicht die vorlandrechtliche Partikularnorm etwa eine „Rechtsmaterie" betraf, so daß ihr Vorrang mit der hier gegebenen Auslegung von § III des Patents vom 5. Februar 1904 durchaus im Einklange steht. Diese allgemeine Mahnung ist namentlich entschieden den zweifelnden Bemerkungen bei Koch, Kommentar, 8. Aufl., Bd. 1 S. 4 Nr. 9 und v. Roenne-Zorn Bd. 1 S. 164 entgegenzusetzen. Mißverständlich bei Koch ist noch die Anführung von Oberverwaltungsgericht, Entscheidungen Bd. 3 S. 64, da hier von einer Entscheidung vom 7. Dezember 1881 nicht die Rede ist und die an dieser Stelle befindlichen Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts überhaupt nicht unsere Streitfrage betreffen. — In den offiziellen Entscheidungsbänden des Reichsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts findet sich übrigens auch keine ausdrückliche Verwerfung des Obertribunalsgrundsatzes vom 11. April 1840. Vgl. Oberverwaltungsgericht Bd. 11 S. 178, Bd. 8 S. 172, Bd. 15 S. 306, Bd. 42 S. 177, Bd. 1 S. 227; Reichsgericht in Strafsachen Bd. 8 S. 378, Bd. 11 S. 192, Bd. 32 S. 161.

Digitized by Google

S. XXXVII, XLII; v. Roenne, Staatsrecht der preußischen Monarchie, 3. Aufl., Bd. 1, 1869, S. 101; v. Desfeld, Preußen in staatsrechtlicher Beziehung, 2. Aufl., 1870, S. 60; v. Roenne-Zorn, Staatsrecht der preußischen Monarchie, 5. Aufl., Bd. 1, 1899, S. 164.

Vom kirchenrechtlichen Standpunkte billigten den Rechtsgrundsatz des Obertribunalserkenntnisses vom 11. April 1840, unter besonderer Betonung, daß namentlich die Materien der Verfassung und Verwaltung der Kirche nicht zu den der Entscheidung durch die Gerichte unterliegenden „Rechtsangelegenheiten" im spezifischen Sinne gehörten: Richter, Beiträge zum preußischen Kirchenrechte, 1865, S. 16; Jacobson, Kirchenrecht, 1864, Bd. 1 S. 106 und in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 19 S. 48; Schoen, Evangelisches Kirchenrecht in Preußen Bd. 1, 1903, S. 144. Wogegen freilich Niedner in der Deutschen Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 15 S. 434 einwendet:

> „Aber diese Interpretation trägt eine Unterscheidung in das Gesetz, für die in dem Wortlaute nicht der geringste Anhalt gegeben ist, und die auch dem Geiste des ganzen Gesetzes nicht entspricht. Das Publikationspatent hebt im Eingange die „Rechtsstreitigkeiten" neben den sonstigen „rechtlichen Handlungen und deren Folgen" hervor; es würde daher, wenn es im Artikel III nur „Rechtsstreitigkeiten" gemeint hätte, wohl auch wieder dies Wort gebraucht haben. Öffentliches und privates Recht im heutigen Sinne ist aber im Allgemeinen Landrecht überhaupt nicht geschieden, in gewissem Sinne sollte das Gesetzbuch grundsätzlich überhaupt nur die Rechtsverhältnisse regeln, „die auf das Privatleben der Bürger unmittelbare Beziehungen haben", und von dieser Voraussetzung aus ist das Publikationspatent gefaßt. Die herrschende Ansicht nimmt denn auch an, daß Provinzialgesetze schlechthin dem Allgemeinen Landrechte vorgehen."[10])

[10]) Indem auch Laspeyres, Geschichte und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens Bd. 1 S. 382 f. „die kirchliche Landesgesetzgebung", wie sie in dem Allgemeinen Landrechte vorliegt, als Rechtsquelle anführt, bemerkt er: „Nur darauf sei noch hingewiesen, daß keineswegs bloß die seit Herstellung der Monarchie ergangenen allgemeinen Gesetze in den Provinzen gelten, welchen die preußische Rechtsverfassung noch fehlt, sondern daß für diese auch die landrechtliche Kirchengesetzgebung, wenigstens soweit sie das Verhältnis der Kirche zum Staate betrifft, nicht aller rechtsverbindenden Kraft entbehrt, indem, abgesehen davon, daß Staatsverfassung und Verwaltung im ganzen für die gesamte Monarchie in gleicher Weise geordnet ist und sein muß, die neueren Verordnungen über die Ressortverhältnisse der Staatsbehörden in Kirchensachen auf dem Landrechte beruhen."

Digitized by Google

Wenn Niedner dabei in letzterer Hinsicht als Zeugen der nach seiner Meinung „herrschenden Ansicht" außer Dernburg auch Foerster-Eccius, Preußisches Privatrecht, 5. Aufl., Bd. 1 § 16 und Rehbein, Die Entscheidungen des vormaligen preußischen Obertribunals Bd. 1 S. 41 f., nennt, so ist diese Berufungsart nicht ganz bedenkenfrei. Denn Foerster-Eccius gehen, wenn auch im allgemeinen von dem Vorzuge der Provinzialrechte vor dem Allgemeinen Landrechte gesprochen wird (sowohl in der 5. Auflage, wie in der 7. Auflage Bd. 1 S. 15), auf die namentlich durch das Obertribunalserkenntnis vom 11. April 1840 angeregte Spezialfrage der prinzipalen Geltung der öffentlichrechtlichen Landrechtsvorschriften überhaupt gar nicht ein, und das Schweigen im Sinne Niedners zu deuten, hindert die positive Bemerkung in Bd. 1, 7. Aufl., S. 16: daß „die staatsrechtlichen Sätze des Landrechts, da neben ihnen ein besonderes Staatsrecht einzelner neuerworbener Landesteile nicht bestehen kann, eine allgemeine Gültigkeit (in dem vielfach und erheblich veränderten Länderbestande der Monarchie) beanspruchen"[11]). Rehbein a.a.O. Bd. 1, 2. Aufl., S. 5 erwähnt aber sowohl den Rechtsgrundsatz des Obertribunals Bd. 6 S. 82 wie seine wiederholten Anwendungsfälle, ohne seinerseits eine ausdrückliche Verwahrung auszusprechen[12]).

Gehen wir nun selbst zur näheren Erforschung des im § III Publikationspatent vom 5. Februar 1794 niedergelegten Willens des preußischen Gesetzgebers[13]) über, so müssen wir hierbei jedenfalls streng die richtigen Grundsätze rechtswissenschaftlicher Interpretationsmethode beobachten. Danach können als Hauptauslegungsmittel nur Wortlaut und Systematik des Gesetzes in Betracht kommen, während alles, was unter die Rubrik der Entstehungsgeschichte des Gesetzes fällt, nur als unterstützendes Hilfserkenntnismittel zu verwerten ist. Indessen erscheint es im vorliegenden Falle empfehlenswert, gleich von vornherein einige Momente der Entstehungsgeschichte der hier in Rede stehenden gesetzgeberischen Dispositionen näher zu beleuchten.

[11]) Vgl. H. Schulze, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 11.

[12]) Nur auf die anscheinende Abweichung in Obertribunal, Entscheidung Bd. 68 S. 200 wird „andererseits" hingewiesen. Dagegen ohne Unterschied zustimmend Rehbein-Reincke, Kommentar, 3. Aufl., 1885, Bd. 1 S. 2 Nr. 3.

[13]) Vgl. Einleitung § 15.

Digitized by Google

Die Aufgabe, welche nach den Intentionen des preußischen Gesetzgebers sowohl das Allgemeine Gesetzbuch von 1791, wie das Allgemeine Landrecht von 1794 lösen sollte, war grundsätzlich[14]) eine subsidiarische Kodifikation des materiellen Rechtes der in der preußischen Monarchie anerkannten einzelnen, im Gleichordnungsverhältnisse zueinander stehenden Rechtssubjekte oder „Privatpersonen“ [15]) (einschließlich der „moralischen“), sofern dasselbe als Grundlage von im Rechtswege verfolgbaren[16]) Rechtsansprüchen dieser Rechtssubjekte in Betracht kam. Dabei zog man allerdings den zu erfassenden Kreis der so beabsichtigten „bürgerlichen Gesetzgebung“ relativ weit. Auch Bestimmungen des öffentlichen Rechtes, welche die Grundlage von im Rechtswege verfolgbaren Ansprüchen der einzelnen Rechtssubjekte (Privatpersonen) bildeten, schienen

---

[14]) S. Laspeyres, Geschichte und heutige Verfassung der katholischen Kirche Preußens, 1. Teil 1840, S. 459 f., 462, 486 f. Heydemann, Bd. 1 S. 58: „Aus solchen sozialen Elementen geht nun endlich der Staat selbst als Subjekt hervor, und zwar im allgemeinen als soziales Rechtssubjekt — ein subjektiv und objektiv in rechtlichen Beziehungen stehendes Ganzes — vorzugsweise jedoch als Rechtssubjekt in vermögensrechtlichen Beziehungen. Sonach fehlt es nicht an rein staats- oder verfassungsrechtlichen Momenten in den folgenden Titeln des Landrechts. Allein vorwaltend und entscheidend bleibt darin der gewissermaßen privatrechtliche Gesichtspunkt: ob und wieweit auch hier die richterliche Kognition (über Mein und Dein) einzugreifen vermöge. Schon in der Revisio monitorum hatte Svarez gelegentlich dies so formuliert: „Das gegenwärtige Gesetzbuch enthält die Vorschriften, durch welche Rechte und Verbindlichkeiten der Untertanen und Einwohner des Staates gegeneinander bestimmt werden. Auch Rechte und Pflichten des Staates, insofern solche den unmittelbaren Grund jener Befugnisse und Verbindlichkeiten enthalten oder sonst Gegenstand richterlicher Entscheidungen werden können, sind in diesem Gesetzbuche mitbegriffen“. Später hat sich derselbe in seinem „Inhalte der Preußischen Landesgesetze“ auf eine (der oben mitgeteilten „Anmerkung“) im wesentlichen entsprechende Weise näher darüber verbreitet, unter der Überschrift: „Verhältnisse zwischen dem Staate und seinen Bürgern, soweit sie ein Gegenstand der bürgerlichen Gesetze sind.“ Bornhak, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte, S. 274 f., Ergänzungen und Erläuterungen des Landrechts, 3. Ausgabe, Bd. 1 S. 7/8.

[15]) S. zu dieser Gleichung die nachfolgenden Quellenstellen. Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 529; Stoelzel, Svarez S. 378: „wie dasselbe die Rechte der Privatpersonen unter sich bestimmt“; I. 1 § 1; Einleitung § 19; II. 13 §§ 17, 18.

[16]) Vgl. Heydemann S. 15, 18.

Digitized by Google

nicht übergangen werden zu dürfen[17]), desgleichen weiter aber namentlich auch solche öffentlichrechtliche Normen nicht, welche die den Gerichten übertragene Ausübung einiger staatlicher Hoheitsrechte betrafen (Siewert, Materialien Heft 1 S. 20), oder „welche nötig wären, um den Richter auf den Grund der vorhandenen positiven, die jura privatorum bestimmenden Gesetze zu führen und ihn dadurch bei der Erklärung und Anwendung dieser Gesetze richtig zu leiten" (Stoelzel, Svarez S. 378). Es gelangten folglich auch Normen, welche dem Gebiete des reinen öffentlichen Rechtes angehörten, insofern zu einer recht bedeutungsvollen Kodifikation am Ausgange des 18. Jahrhunderts in

---

[17]) Vgl. auch Simon Bd. 1 S. XXX; Stoelzel, Svarez S. 374; v. Daniels, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 58. Ferner Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 544 f.; Loening in Verwaltungsarchiv Bd. 3 S. 101—104. E. F. Klein, Preußisches Zivilrecht, Halle 1801, führt S. 25 andererseits aus: „Auch die preußische Rechtswissenschaft kann in die öffentliche und Privat-Rechtswissenschaft eingeteilt werden. Die erstere bestimmt den Umfang der Staatsgewalt, die Art und Weise ihrer Ausübung und die Subjekte, welchen sie zusteht; sie lehrt also das Verhältnis des Regenten zum Volke und den verschiedenen Klassen desselben, soweit dieses Verhältnis die Konkurrenz bey der Staatsgewalt oder die Art und Weise derselben betrifft; sie ist kein Gegenstand des Allgemeinen Preußischen Landrechts. Die Privatrechtswissenschaft bestimmt entweder bloß die Rechte der Menschen und Bürger gegeneinander (Privatrechte im engeren Sinne) oder die rechtlichen Verhältnisse der Personen im Staate zu der moralischen Person des Staates (Bürgerrecht), insofern dadurch nicht der Umfang der Staatsgewalt selbst oder das Subjekt derselben bestimmt werden. Doch werden hierbei die Regierungsrechte, deren Ausübung den Staatsbürgern nach Art eines Eigentums überlassen zu werden pflegt, den Privatrechten gleich geachtet (z. B. Gerichtsbarkeit, Zollgerechtigkeit usw.). Im letzteren Falle unterscheidet sich das Verhältnis des Bürgers zum Staate vom öffentlichen Rechte (jus publicum) dadurch, daß dieses Verhältnis der Gerichtsbarkeit des Staates unterworfen ist. Derjenige Teil des Bürgerrechts, welcher von der Bestrafung der Verbrechen handelt, macht das Kriminalrecht aus und ist ebenfalls der richterlichen Beurteilung unterworfen. Die durch die Polizeigewalt bestimmten Rechte gehören gleichfalls zur Privatrechtswissenschaft im weiteren Sinne, und wenn von Bestrafung der Polizeivergehen die Rede ist, zur Kriminalrechtswissenschaft im weitesten Sinne. Die Bestimmung der Rechte durch die Polizeigewalt ist zwar, an sich betrachtet, ein Teil des Regierungsrechts; es kann aber die Frage: inwiefern durch solche Bestimmungen wohlerworbene Rechte verletzt werden, als eine zwischen der moralischen Person des Staates und den Privatpersonen entstandene Rechtsfrage vor dem Richter entschieden werden."

Digitized by Google

Preußen [18]), wobei aber freilich nach der Natur des Gegenstandes der aufgenommenen, rein öffentlichrechtlichen Normen kaum davon die Rede sein konnte, daß auch sie an sich nur subsidiäre Geltung besitzen sollten [19]). Daß man überhaupt die Materie des öffentlichen

[18]) Suarez selbst exemplifiziert hier an der oben angegebenen Stelle bei Stoelzel S. 378 „insonderheit" auf II 13—17, „in welchen eigentlich die zwischen dem Staate und seinen Untertanen geltenden Rechte enthalten sind".

[19]) Der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Rechte ist im Sinne des landrechtlichen Gesetzgebers zunächst nach dem Maßstabe des Schutzes von privaten und öffentlichen Interessen zu bestimmen. Vgl. II 11 § 129: „Auch über ein Privatinteresse, welches bei Gelegenheit einer Amtshandlung entstanden ist, gebührt das Erkenntnis in der Regel den weltlichen Gerichten." Einleitung, Marginale: Allgemeine Grundsätze des Rechts § 73: „Ein jedes Mitglied des Staates ist das Wohl und die Sicherheit des gemeinen Wesens nach dem Verhältnisse seines Standes und Vermögens zu unterstützen verpflichtet." Rabe Bd. 7 S. 197: „Die Beförderung des Privatinteresses (der Privatherrschaft) macht zunächst und hauptsächlich den Gegenstand (der Verpflichtung der Privatbeamten) aus." Ressortreglement vom 19. Juni 1749: „daß regulariter alle Process-Sachen, welche das Interesse privatum vel jura Partium quarum interest betreffen, bey denen . . Justitz-Collegiis decidiret werden müssen; da hingegen zum Ressort derer Kriegs- und Domainen-Cammern . . die den Statum Oeconomicum et politicum angehende und überhaupt in das Interesse Publicum einschlagende Sachen gerechnet werden können." (Bornhak, Preußische Staats- und Rechtsgeschichte S. 208.) Dabei ist aber das öffentliche Interesse im Sinne der Landrechtsordnung ein solches, welches einen ultrafamiliaren Menschenkreis, insbesondere jedoch das Publikum berührt. Arg. II 11 § 11 und § 7 f. Hubrich im Archive für bürgerliches Recht und bei Gruchot. Aus der Sphäre des so zu umschreibenden öffentlichen Rechtes im weiteren Sinne hebt sich indessen das Gebiet des spezifisch oder reinen öffentlichen Rechtes heraus, d. h. wo die Verhältnisse der einzelnen nur als Untertanen gegenüber dem Staate als Herrscherperson oder gegenüber anderen vom Staate mit öffentlicher Autorität oder öffentlichem Ansehen ausgestatteten Verbänden geordnet sind, mit anderen Worten also, wo die Verfassung und Verwaltung der herrschenden Staatspersönlichkeit oder jener Verbände geregelt ist. Hierauf führen folgende Quellenstellen: Suarez in Siewerts Materialien Heft 1 einerseits S. 20: „Die Verhältnisse zwischen dem Oberhaupte des Staates und den Untertanen desselben sind kein Gegenstand des Privatrechts"; andererseits S. 114: „Es gibt andere (Verhältnisse), bei denen der Staat sich nur der Rechte der Privatpersonen bedient." II 11 §§ 114, 115, 116 („Unterordnung gegen den Bischof der Diöces"); II 19 § 84 f., Rabe Bd. 7 S. 198: „Das Richteramt (des Justitiars) ist seiner Natur nach ein öffentliches Amt (munus publicum); die Grundlage der richterlichen Gewalt des Justitiars besteht allemal in der öffentlichen Autorität, die als ein Ausfluß der höchsten Staatsgewalt auf ihn

Digitized by Google

Rechtes bei der unter der Ägide Carmers in Angriff genommenen Kodifikation nicht gänzlich unberücksichtigt ließ, rechtfertigte bereits eine in den „Entwurf eines Gesetzbuchs für die preußischen Staaten" 1786 — offiziell — eingerückte Anmerkung (I. Teil 3. Abt. 1. Tit. S. 5):

> „Die allgemeinen Grundsätze von den Rechten und Pflichten des Staates gegen die Bürger sind in der Einleitung §§ 50—60 vorgetragen. Die näheren Bestimmungen der Verhältnisse zwischen dem Oberhaupte des Staates und seinen Untertanen machen eigentlich das innere Staatsrecht der preußischen Monarchie aus und gehören als solche nicht in das gegenwärtige Gesetzbuch. Es gibt aber unter diesen Verhältnissen einige, die auf den Privatzustand einzelner Bürger unmittelbare Beziehung haben, und wonach die Folgen ihrer Handlungen in vorkommenden Fällen von dem Richter bestimmt werden müssen. Es gibt andere, bei denen der Staat sich nur der Rechte der Privatpersonen bedient und seine

übertragen wird"; S. 164: „Zu den öffentlichen Beamten gehören alle Geistlichen und Schulbedienten, sie mögen unter Königlichem oder anderem Patronat oder Gerichtsbarkeit stehen." Deutsche Juristen-Zeitung 1913, S. 414. — Die hier vertretene Auffassung von dem Wesen des reinen öffentlichen Rechtes deckt sich im Grunde unstreitig mit der Ansicht des Obertribunals (s. oben S. 431: „soweit der Staat und die öffentliche Ordnung allein interessiert"; S. 432: „rein polizeiliche Vorschriften"). — Zu dem rein öffentlichen Rechte zählt im Sinne des landrechtlichen Gesetzgebers namentlich auch das Kriminalrecht, und da bei Einführung des Landrechts überall grundsätzlich durch ausdrückliche Anordnung das partikulare Strafrecht durch das landrechtliche Kriminalrecht ersetzt wurde (s. oben S. 433 f. und unten), darf hieraus ebenfalls im Wege der Analogie gefolgert werden, daß präsumtiv nicht weniger das sonstige rein öffentliche Recht des Landrechts dem Partikularrechte vorzugehen hatte. Zwar können aus der Verletzung eines Strafgesetzes auch Privatrechte entspringen (s. Einleitung § 29); aber dieser Umstand scheidet das Kriminalrecht noch nicht aus dem Gebiete des rein öffentlichen Rechtes aus. Der Privatrechtsanspruch entsteht als Folge der im Strafgesetz als unerlaubt charakterisierten Handlung, zu welcher Charakterisierung die Strafsanktion nur akzidentiell hinzugetreten ist. Charakteristisch für die Zeitanschauung alsbald nach dem Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechts ist folgende Äußerung bei Siewert, Materialien Heft 5 S. 195: „Das Kriminalrecht entscheidet nicht über jura privatorum inter se, sondern ist auf das Bedürfnis des öffentlichen Wohles und des ganzen Staates gegründet. Für das Kriminalrecht kann es daher auch nicht, wie im Zivilrechte, Statutar- und Provinzialgesetzbücher, sondern nur allgemeine Staatsgesetze geben." Den unbedingten Einheitszwang von Verbotsgesetzen des Allgemeinen Landrechts belegen auch die Bemerkungen von Svarez in v. Kamptz' Jahrbüchern Bd. 41 S. 28, 150, 151.

Digitized by Google

daraus entspringenden einzelnen Befugnisse und Obliegenheiten gegen seine Bürger der Erörterung und Entscheidung der von ihm geordneten Richterstühle unterworfen hat. Es gibt endlich Rechte, welche der Staat einigen seiner Bürger zu übertragen pflegt und woraus also zwischen diesen und anderen Privatpersonen Rechte und Pflichten entstehen können. Dergleichen Verhältnisse machen unstreitig einen Gegenstand der bürgerlichen Gesetzgebung aus und sollen daher in dieser dritten Abteilung des Personenrechts (entsprechend Titel 13—20 II ALR.) vorgetragen werden."

Ganz in dem gleichen Sinne widerlegte eine Aktenniederschrift von Svarez aus dem Jahre 1785 die damals schon gegen die Aufnahme öffentlichrechtlicher Normen „in ein Privatgesetzbuch" gerichteten Einwendungen („weil der Staat in einem bürgerlichen Kodex für seine Untertanen sich nicht selbst Gesetze vorschreiben könne") mit folgender Ausführung (Stoelzel, Svarez S. 383):

„Weil auch dieser Plan sich gantz wohl vertheydigen läßt, wenn man nur einen Unterschied macht zwischen der Verhältnissen des Regenten gegen das Corps der Nation im Gantzen genommen; und gegen eintzle physische und moralische Personen. Erstere und die daraus entstehende wechselseitige Rechte und Pflichten machen eigentlich das Jus publicum internum des preußischen Staates aus und dies gehört allerdings nicht in das gegenwärtige Gesetzbuch. Letztere hingegen, nehmlich die Verhältnisse des Staates gegen eintzle Bürger und moralische Personen können darin umsoweniger gantz übergangen werden, als der Staat diese seine Rechte und Pflichten zum Teil an eintzle Mitglieder übertragen hat, welche dadurch mit andern Bürgern in solche Beziehungen kommen, aus denen Privatrechte und Verbindlichkeiten unter ihnen entstehen."

Beide hier angeführten Quellenstellen bestätigen es also ausdrücklich, daß trotz der Aufnahme öffentlichen Rechtes die grundsätzliche Bestimmung des Allgemeinen Gesetzbuchs von 1791 und des Allgemeinen Landrechts oben richtig angegeben wurde: es sollte prinzipiell ein „subsidiarisches Privatgesetzbuch" in dem Sinne sein, daß es zunächst auch öffentlichrechtliche Materien, aus welchen im Rechtswege verfolgbare Ansprüche der einzelnen, im Gleichordnungsverhältnisse zueinander stehenden Rechtssubjekte oder „Privatpersonen" erwachsen konnten, an sich einschloß; sodann aber auch andere weite Schichten von rein öffentlichem Rechte. Zwar hatte die die Revision des Allgemeinen Gesetzbuchs von 1791 an-

Digitized by Google

ordnende Kabinettsorder vom 17. November 1793 (v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 52 S. 141) befohlen, „alle Sätze, die das Staatsrecht und die Regierungsform betreffen", wegzulassen („bevor Ich desselben Bekanntmachung in der Absicht, solchem Gesetzeskraft beizulegen, verordnen kann"). Doch faßte man diesen Ausscheidungsbefehl bei der Vornahme der Revision augenscheinlich im engsten Sinne auf, und nur eine relativ kleine Reihe „anstößig gewordener Paragraphen staatsrechtlichen Charakters" ward vor der Publikation des Allgemeinen Landrechts ausgemerzt (Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 442). Die eliminierten, „das Staatsrecht und die Regierungsform" betreffenden Sätze waren wesentlich nur solche, welche die Gesetzgebungsbefugnis des alle Rechte des Staates in seiner Person vereinigenden Staatsoberhaupts in gewisse als unangemessen empfundene materielle Schranken zu bannen suchten (Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 572). Es behielt hiernach das Allgemeine Landrecht doch noch relativ große Stücke von rein öffentlichem Rechte bei, deren Subsidiarität aber schon wegen der Natur ihres Gegenstandes von vornherein kaum in Frage kommen konnte.

Nach der Intention des preußischen Gesetzgebers sollte aber weiter auch die anbefohlene Kodifikation des partikularen, provinziellen und lokalen Rechtes, welche dem subsidiären Allgemeinen Gesetzbuche von 1791 und dem Allgemeinen Landrechte vorgehen sollte, sich nur auf das materielle Recht der „Privatpersonen" (oder anerkannten einzelnen Rechtssubjekte) beziehen. In dem 1784 publizierten I. Teile des „Entwurfes eines allgemeinen Gesetzbuchs" verbreitet sich die von Carmer unterzeichnete „Vorerinnerung" über das gegenseitige Verhältnis des allgemeinen Gesetzbuchs und der projektierten Provinzialrechtskodifikationen und über den spezifischen Gegenstand der letzteren folgendermaßen:

> „Die Sammlung und Ordnung der verschiedenen Provinzialrechte und Statuten ist ein von dem gegenwärtigen ganz verschiedenes Werk. Bei diesem war die Absicht bloß, das zu ergänzen, was in solchen Spezialgesetzen gar nicht oder nicht deutlich oder vollständig genug bestimmt worden. . . . Schließlich muß ich bemerken: daß die Absicht der vorläufigen Bekanntmachung des gegenwärtigen Entwurfs unter anderem auch dahin gehe: damit darin diejenigen, denen von den Ständen der Königlichen Provinzen die Ausarbeitung der ersten Entwürfe zu ihren Provinzialgesetzbüchern aufgetragen worden, einen Leitfaden finden mögen, nach welchem sie sowohl die verschiedenen Provinzial- und statutarischen Verordnungen selbst, als die einzelnen

Digitized by Google

Sätze und Dispositionen, woraus ein dergleichen Privilegium, Sanktion oder Statutum besteht, hintereinander ordnen; und zugleich beurteilen können, welche von diesen, teils in gedruckten Kollektionen, teils in Archiven, teils in einzelnen Werken der Rechtsgelehrten zerstreuten Materialien in ihren für das bloße Privatrecht ihrer Provinz bestimmten Sammlungen ein Platz zukomme."

Hiernach war also wirklich vom preußischen Gesetzgeber der Gegenstand der Provinzialrechtskodifikation auf das „bloße Privatrecht" in den Provinzen beschränkt; keineswegs sollte nun aber auch das gesamte öffentliche Recht in den Provinzen mit der Maßgabe kodifiziert werden, daß es dem allgemeinen Gesetzbuche vorzugehen habe[20]). Schon die auf den Anschluß an die allgemeine Gesetzgebung der Monarchie angewiesene Natur der Provinzialgesetzgebung schloß es unbedingt aus, daß hier das rein öffentliche Recht ebenso umfassend bedacht wurde wie dort. Nur solche partikularen öffentlichrechtlichen Normen, die zugleich die Basis für jura privatorum darstellten, waren eventuell bei der Provinzialrechtskodifikation zu berücksichtigen. Andererseits war man sich auch gegenüber der Reichhaltigkeit der Materien des Allgemeinen Gesetzbuchs von vornherein der vielfachen Lückenhaftigkeit der zu kodifizierenden Provinzialrechte bewußt, was insbesondere wohl gegenüber solchen öffentlichrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Gesetzbuchs zutraf, welche in diesem als Grundlage von jura privatorum aufgenommen waren, und für die demgemäß ein Vorrang partikularen Rechtes gar nicht in Frage kam. Daß der preußische Gesetzgeber jedenfalls bei der ganzen materiellen Kodifikationsarbeit wesentlich nur auf die Schonung partikularen „Privatrechts" Wert legte und daher einer zuweitgehenden Aufrechterhaltung partikularen Rechtes kaum geneigt war, beweist auch die Kabinettsorder vom 27. August 1786, mit welcher König Friedrich Wilhelm II. die Anhörung der ständischen Stimme bei der Ausarbeitung des Allgemeinen Gesetzbuchs befahl:

„Es müssen aber dergleichen Deputierte von den Ständen ... angewiesen werden, ihre Erinnerungen und Bemerkungen bei dem

[20]) S. dagegen über das „Allgemeine Gesetzbuch" von 1791 noch Svarez bei Stoelzel S. 374: „Das Gesetzbuch ist hauptsächlich für den Richter bestimmt. Ihm mußte eine zusammenhängende und vollständige Theorie vorgelegt, die Begriffe und Grundsätze mußten bestimmt angegeben werden, wenn man die neue Legislation dem Schicksale der älteren nicht aussetzen wollte."

Digitized by Google

Projekt sowohl überhaupt, als insonderheit wegen solcher Materien, welche auf die in dieser oder jener Provinz vorhandenen Statuten und hergebrachten Einrichtungen und Verfassungen Einfluß haben, den Regierungen mitzuteilen . . . Bei diesen Deliberationen muß aller Eigensinn gänzlich beiseite gesetzt und die Gutachten über die das Privatrecht der Einwohner betreffenden Gegenstände soviel als möglich dergestalt abgefaßt werden, wie solches den Wünschen und Gesinnungen des größeren Teiles der Stände und der Nation überhaupt am gemäßesten ist." (Kleins Annalen Bd. 1 S. L).

Die projektierte rasche Abfassung der Provinzialgesetzbücher erfüllte sich bekanntermaßen nicht. Unter König Friedrich Wilhelm III. gelangte zunächst nur das ostpreußische Provinzialrecht in den Jahren 1801 und 1802 zur Entstehung. Schon bei der Publikation des Allgemeinen Landrechts war deshalb der preußische Gesetzgeber auch genötigt, näher zu bestimmen, wie bis zur Verabschiedung der Provinzialgesetzbücher einstweilen das Verhältnis zwischen dem provinziellen und lokalen Partikularrecht und dem Allgemeinen Landrechte selbst sich gestalten sollte. Es ist von vornherein wahrscheinlich, daß der Gesetzgeber bei dieser näheren Bestimmung die sonst von ihm allgemein aufgestellte Regel über das Verhältnis von gemeinem und partikularem Rechte nicht verleugnet haben wird. Die Einleitung zum Allgemeinen Landrecht enthält darüber folgende positive Vorschriften: einerseits § 21: „Übrigens stehen bei Beurteilung einzelner Streitfragen die allgemeinen Gesetze den Provinzialgesetzen, diese den besonderen Statuten und diese endlich den auf andere Art wohlerworbenen Rechten nach", andererseits § 61: „Statuten und Provinzialgesetze werden durch neuere allgemeine Gesetze nicht aufgehoben, wenn nicht in letzteren die Aufhebung der ersteren deutlich verordnet ist". Der § 21 beschränkt hiernach — in einer Schlußklausel gegenüber den vorhergehenden §§ 14—20 (Marginale: „Anwendung der Gesetze") — den präsumtiven Vorrang des Partikularrechts vor den allgemeinen Gesetzen auf „Beurteilung einzelner Streitfragen", d. h., wie dieser Ausdruck selbst, dann aber auch der Zusammenhang mit den vorhergehenden §§ 14—20 ergibt, auf solche der Entscheidung des Richters unterstehende Rechtsfälle, bei welchen Rechtsansprüche der einzelnen Rechtssubjekte, mithin jura privatorum im damaligen Rechtssinn auf dem Spiele stehen [21]). Andererseits leugnet der § 61

[21]) Vgl. auch Jacobson in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 19 S. 48. Koch, Kommentar Bd. 1 S. 37: „Doch leidet die Regel (des § 21)

Digitized by Google

nicht, daß Partikularrecht auch durch allgemeine Gesetze aufgehoben werden könne; er macht diese Rechtswirkung nur von einer „deutlichen Verordnung" der Aufhebungsabsicht des Gesetzgebers in dem allgemeinen Gesetz abhängig, d. h. nicht gerade expressis verbis, aber in einer mit wissenschaftlicher Interpretationsmethode unzweideutig zu erfassenden Weise muß die Aufhebungsabsicht des Gesetzgebers in dem allgemeinen Gesetze vorliegen [22]).

Sehen wir demgegenüber, was der preußische Gesetzgeber konkret, und zwar im Publikationspatente vom 5. Februar 1794 über das gegenseitige Verhältnis des gemeinen Rechtes des Allgemeinen Landrechts und des noch nicht kodifizierten provinziellen und lokalen Partikularrechts verfügt hat [23]). Es erscheint dabei als eine unbedingte rechtswissenschaftliche Interpretationsnotwendigkeit, zunächst Schritt für Schritt, nach Maßgabe des Wortlauts des Publikationspatents, die gesetzgeberische Absicht zu verfolgen und klarzustellen.

Im Eingange des Publikationspatents erklärt nun König Friedrich Wilhelm II. seine „landesväterliche Intention" als Gesetzgeber dahin: Das Allgemeine Landrecht solle vom 1. Juni 1794 „volle Gesetzeskraft" „dergestalt" besitzen, „daß nach diesem Tage dasselbe bei Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, sowie bei Entscheidung der sich ereignenden Rechtsstreitigkeiten zum Grunde gelegt werden soll". Dieser Wortlaut beschränkte demnach die Gesetzeswirkung der landrechtlichen Normen — „in Unsern gesamten Landen" — nicht auf die Fälle, bei welchen eine richterliche Entscheidung über streitige jura privatorum in Betracht kam, sondern erstreckte dieselbe ganz allgemein auf „Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen". Soweit also über-

---

eine Ausnahme in den besonderen Fällen, wo das allgemeine Recht absolut gebietende Vorschriften gibt, z. B. die Bestimmung über den Großjährigkeitstermin."

[22]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 495.

[23]) S. hierzu Goeschel, Zum Publikationspatent des Allgemeinen Landrechts in Simon-v. Strampff, Zeitschrift für die wissenschaftliche Bearbeitung des preußischen Rechtes 2. Bd., 1834, S. 1 f. v. Strampff, Über die Vorarbeiten des Publikationspatents a. a. O. S. 165 f. v. Strombeck in v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 9 S. 55.

Digitized by Google

haupt in der preußischen Monarchie äußere freie Handlungen eines Willenssubjekts in Frage kamen[24]), sollte für sie als materiellrechtlicher Regulator das Landrecht gelten. Ein Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Rechte ward dabei gar nicht gemacht, die „volle Gesetzeskraft" des Landrechts bestand demnach auch für das Gebiet des spezifisch öffentlichen Rechtes, d. h. auch da, wo öffentliches Recht des Landrechts nicht als Basis von im Rechtswege verfolgbaren jura privatorum in Frage kam[25]). Und weil die „landesväterliche Intention" des königlichen Gesetzgebers ausdrücklich „alle rechtlichen Handlungen" den Normen des Allgemeinen Landrechts unterstellte, war offenbar mit dieser Anordnung zunächst auch dem Gedanken Ausdruck gegeben, daß für den Geltungsbereich der Normen des Allgemeinen Landrechts, außer dem gemeinen Rechte, an sich auch alles widersprechende Partikularrecht zu weichen habe; der hier ins Auge gefaßte Eingang des Patents vom 5. Februar 1794 enthielt insofern — gemäß § 61 Einleitung — eine „deutliche" Erklärung der Aufhebung von „Statuten" und „Provinzialgesetzen" in einem „allgemeinen Gesetze".

Im weiteren Verlaufe des Publikationspatents erläuterte und modifizierte allerdings der Gesetzgeber die zunächst in solchem allgemeinen Umfange verordnete „volle Gesetzeskraft" des Landrechts durch „nähere Bestimmungen".

Nach § I sollte das Landrecht „an die Stelle der in Unsern Landen bisher aufgenommen gewesenen Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten, also, daß vom 1. Juni 1794 an auf diese bisherigen subsidiarischen Gesetze und Rechte nicht mehr zurückgegangen, sondern in vorkommenden späteren Fällen nur nach den Vorschriften des Landrechts in allen Unsern unmittelbaren und mittelbaren Gerichts-

---

[24]) Vgl. Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 527. Suarez: „Nur Äußerungen des Willens, die in wirkliche Handlungen ausbrechen, können ein Gegenstand der Gesetze sein." I. 3 § 2. S. auch den Schluß des Patents vom 5. Februar 1794: „in allen und jeden sowohl gerichtlichen, als außergerichtlichen Angelegenheiten von Jedermann, der zu Unsern Untertanen gehört oder in Unsern Landen Geschäfte zu betreiben hat, genau beobachtet, insonderheit aber bei allen Ober- und Untergerichten usw." — „ein Jeder, den es angeht, insonderheit aber sämtliche Landeskollegia und übrige Gerichte genau und pflichtmäßig zu achten."

[25]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 530 f. Vgl. §§ 6, 7, 9, I. 1.

Digitized by Google

höfen erkannt werden soll". Der Gesetzgeber bestätigte damit zuerst nur die derogatorische volle Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts gegenüber dem rezipierten Gemeinen Rechte der Monarchie, insofern als dasselbe als Grundlage richterlicher Entscheidungen gegolten hatte.

Weiterhin sollte das Landrecht nach § II auch „an die Stelle der über einzelne Rechtsmaterien von Zeit zu Zeit ergangenen allgemeinen Edikte und Verordnungen, welche bisher in allen Unsern Provinzen als gemeine Landesgesetze gegolten haben", treten. Auch diese Erläuterung des Gesetzgebers bestätigte nur die schon anfangs ausgesprochene derogatorische Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts gegenüber demjenigen Teile des Landrechts, welcher sich in betreff „einzelner Rechtsmaterien" in allgemeinen Landesgesetzen vorfand. Wie der Ausdruck „Rechtsmaterie" beweist, war dabei speziell nur an solches materielle — auch öffentlichrechtliche — Landesrecht gedacht, welches als Basis von rechtlich verfolgbaren jura privatorum in Betracht kam.

Nicht bloß eine erläuternde Bestätigung, sondern eine direkte Modifikation der anfangs verkündigten Gesetzgeberabsicht brachte dann aber der § III des Publikationspatents. Er reservierte ausdrücklich — bis zur Herstellung der projektierten Provinzialgesetzbücher — gegenüber der „vollen Gesetzeskraft" des Allgemeinen Landrechts den Vorrang „der in den verschiedenen Provinzen bisher bestandenen besonderen Provinzialrechte und Statuten ... dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und nur erst in deren Ermangelung nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts beurteilt und entschieden werden sollten". Diese gesetzgeberische Disposition galt, wie aus ihrem nicht mißzuverstehenden Wortlaute klar erhellt, einmal nur dem gesetzten Provinzial- und Gemeinschaftsrecht[26]), andererseits aber nur insofern, als es sich

[26]) Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 20: „Es fragt sich, welche älteren Bestimmungen provinzialrechtlicher Natur sind? Bei der Entscheidung kann nicht auf ein materielles Kriterium, sondern nur auf die formelle Seite zurückgegangen werden. Provinzial- und Statutargesetze sind diejenigen Bestimmungen, welche für einzelne Landesteile als solche in Kraft gesetzt werden. Daher sind Provinzialrecht auch römische und dem Sachsenrecht angehörige Sätze, insofern sie in der Form provinzieller Gesetze publiziert oder eingeschärft worden." So nach dem Vorgange des Obertribunals die herrschende Meinung. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 3 S. 292; Bd. 4 S. 422; Striethorst, Archiv Bd. 68 S. 219. Rehbein S. 3 f.

Digitized by Google

um dasselbe als Grundlage für richterliche Entscheidungen über jura privatorum im damaligen Rechtssinne handelte[27]). Nur mit solcher Einschränkung wird einstweilen die Subsidiarität des Allgemeinen Landrechts verfügt. Zu dem vorgehenden gesetzten Rechte der Provinzen und Gemeinschaften gehörten freilich eventuell auch öffentlichrechtliche Normen, aber nur insofern, als sie die Basis für im Rechtswege zu beurteilende jura privatorum bildeten. In Ansehung des Gebiets des rein öffentlichen Rechtes sollte demnach also ein Zurücktreten des Landrechts hinter die „Provinzialgesetze und Statuten" nicht stattfinden.

Nach § VII des Publikationspatents sollten in die Provinzialgesetzbücher aber auch „die Gewohnheitsrechte und Observanzen, welche in dieser oder jener Provinz oder an einzelnen Orten bisher stattgefunden haben", d. h. das gewohnheitsrechtliche Recht in den Provinzen und den Gemeinschaften aufgenommen werden. Daß auch diesem Gewohnheitsrecht einstweilen bis zum Erlasse der entsprechenden Provinzialgesetzbücher der Vorrang vor dem Allgemeinen Landrechte zukomme, ist vom Gesetzgeber im Publikationspatente nicht direkt gesagt. Aber daß darauf der Wille des Gesetzgebers ebenfalls gerichtet war, ergibt indirekt die Auslegung in Anbetracht der positiven Bestimmung in § VII des Patents, daß nach Herstellung der Provinzialgesetzbücher „auf dergleichen ungeschriebene Rechte nur insofern Rücksicht genommen werden" solle, als das Allgemeine Landrecht selbst darauf „bei verschiedenen Materien" in erster Linie verwiesen habe oder die Observanz nur

---

[27]) Der Ausdruck „Rechtsangelegenheiten" ist an sich wohl einer umfassenderen Bedeutung fähig wie „Rechtsstreitigkeiten" (s. auch Laspeyres Bd. 1 S. 857); aber hier im § III kommt es für die Auslegung auch auf die einschränkende Wendung „beurteilt und entschieden werden sollen" an, in Verbindung mit der Betonung des Begriffs „Rechtsmaterie" im vorhergehenden § II. S. auch v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 10 S. 167: „Welchem vernünftigen Menschen ist es eingefallen, die Provinzialrechte in den Rheinprovinzen aufzuheben (so etwas erlaubte sich nur die Napoleonische Gesetzgebung!). Sie sollen, müßen heilig, sehr heilig beobachtet werden, denn darauf gründen sich Privatrechte." Hinsichtlich des Begriffs „Rechtsmaterie" s. Obertribunal vom 3. Juni 1864 Entsch. Bd. 53 S. 285: „In Beziehung auf die Wegebaulast und deren Umfang ist dies nicht anzuerkennen (daß das Wegereglement im Königreiche Preußen von 1764 ein Polizei- oder Finanz-Gesetz sei), die diesfälligen Bestimmungen betreffen eine Rechtsmaterie." Striethorst, Archiv Bd. 68 S. 219: „Die Kurmainzische Verordnung von 1704 betrifft eine einzelne Rechtsmaterie, die Intestat-Erbfolge."

Digitized by Google

„etwas bestimme, was in den Gesetzen unentschieden gelassen worden". Andererseits wird der aus § VII des Publikationspatents mittels interpretativer Schlußfolgerung zu ermittelnde Vorrang des gewohnheitsrechtlichen Partikularrechts im Wege der Analogie gemäß § III des Patents auf solche Normen einzuschränken sein, die als Basis für im Rechtswege zu beurteilende jura privatorum in Betracht kamen. Dem ungeschriebenen Partikularrechte hier einen Vorzug vor dem gesetzten Partikularrechte beizumessen, konnte in keiner Weise in dem Willen des Gesetzgebers liegen.

Auf den Umfang der Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts geht der Gesetzgeber sodann noch in der Einleitung §§ 1—6 ein. Diese Paragraphen denken wesentlich an die Zeit nach Abschluß der Provinzialrechtskodifikationen [28]) und wollen die Frage näher beantworten, welche Rechtsquellen alsdann in der preußischen Monarchie über „die Rechte und Verbindlichkeiten der Einwohner des Staates" Bestimmung treffen sollten. Dabei erhielten die §§ 1—6 auch besonders für die Frage etwaiger späterer Abänderung des so festgestellten Rechtsquellenkreises Bedeutung. Der § 1 stellte zunächst — für die in Aussicht genommene Zeit nach Abschluß der Provinzialrechtskodifikationen — die Eigenschaft des Allgemeinen Landrechts als allgemeiner Rechtsquelle des preußischen Staates fest, mit der Maßgabe freilich, daß „besondere Gesetze" nach Bestimmung des Gesetzgebers den Vorrang haben konnten. Welcher Art eventuell diese „besonderen Gesetze" sein konnten, sehen die §§ 2—6 vor. Nach § 2 waren es zunächst „besondere Provinzialverordnungen und Statuten einzelner Gemeinheiten und Gesellschaften", deren Gesetzeskraft aber streng („nur") an die „landesherrliche Bestätigung" (Sanktion) geknüpft war. Die „besonderen Provinzialverordnungen" gingen hierbei auf Provinzialgesetze, die nach Anhörung oder auf Vorschlag der Provinzialstände vom Könige sanktioniert wurden [29]), die Statuten aber auf das gesetzte Recht derjenigen Gemeinheiten und Gesellschaften, welchen auch das Landrecht in dieser Hinsicht ein Recht des Vorschlags oder der Anhörung gegenüber dem königlichen Sanktionsrechte zugestanden hatte [30]). Zu den „besonderen Provinzialverordnungen" des § 2, welche als

[28]) Arg. § 3 Einleitung. S. dazu Hubrich, Der Statutenbegriff im Allgemeinen Landrecht, Greifswald 1916, S. 15 f.

[29]) Vgl. Entscheidungen des Obertribunals Bd. 4 S. 432 f.

[30]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 467 f.

Digitized by Google

„besondere Gesetze" den Vorrang vor dem Landrechte haben konnten, gehörten natürlich nach abgeschlossener Herstellung auch die besonderen Provinzialgesetzbücher, doch kam nach den Grundsätzen, welche das Publikationspatent vom 5. Februar 1794 über deren Herstellung aufgestellt hatte, in Ansehung von Materien des spezifisch öffentlichen Rechtes an sich kein Vorrang auch dieser Provinzialgesetzbücher vor dem Allgemeinen Landrecht in Frage [31]). Die §§ 3, 4 erkannten eine Gesetzeskraft von nicht in die Provinzialgesetzbücher aufgenommenen partikulären Gewohnheitsrechten und Observanzen hinfort nicht mehr an, mit der einzigen Ausnahme, daß durch Observanzen etwas bestimmt werden dürfe, was die Gesetze unentschieden gelassen hatten, und zwar nur bis zum Erlaß einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung über den fraglichen Punkt. Endlich behält der § 5 „den von dem Landesherrn in einzelnen Fällen oder in Ansehung einzelner Gegenstände getroffenen Verordnungen" eine prinzipale Geltungskraft für die unmittelbar davon betroffenen Rechtsverhältnisse vor, dagegen wird im § 6 „Meinungen der Rechtslehrer" und „älteren Aussprüchen der Richter" schlechthin die Kraft einer norma agendi für den Richter, also eines verpflichtenden „besonderen" Gesetzes genommen.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist also unbedingt, daß in Ansehung der spezifisch öffentlichrechtlichen Normen des Landrechts nicht von einer subsidiarischen, sondern nur von einer prinzipalen Geltung (gegenüber dem Partikularrecht) an sich die Rede sein kann. Diesem besonders auf die Herleitung aus dem Gesetzeswortlaute sich stützenden Ergebnisse sind jedenfalls auch die bereits gemachten Ermittlungen, welche die Entstehungsgeschichte der Gesetzgebung über die prinzipielle Aufgabe der projektierten Provinzialgesetzbücher hergab, durchaus konform. Sowohl die allgemeinen Gesetzbücher wie die Provinzialrechtskodifikationen waren danach grundsätzlich für die Aufnahme von „Privatrecht" bestimmt. Freilich glaubte man dabei, auf die Aufnahme gewisser Partien des öffentlichen Rechtes nicht verzichten zu können, aber für das, was dem Gebiete des rein öffentlichen Rechtes angehörte, sah man gegebenenfalls — entsprechend dem schon damals hier hervortretenden

[31]) S. § VI „mit allem Fleiße darauf sehen, daß die Gesetzgebung der einzelnen Provinzen mit der allgemeinen soviel als möglich in Gleichförmigkeit gebracht". Von ausdrücklichen Spezialbestimmungen des Gesetzgebers wird hier freilich abgesehen!

Digitized by Google

Einheitszuge der preußischen Legislation — nur in den allgemeinen Gesetzbüchern grundsätzlich den geeigneten Aufnahmeort[32]). Endlich aber stimmt mit diesem Ergebnis auch der Gang der weiteren, die Inkraftsetzung des Landrechts in den verschiedenen Teilen der Monarchie betreffenden Gesetzgebung überein.

Aus der unmittelbar dem Publikationspatente vom 5. Februar 1794 folgenden Zeit kommt hier zunächst das Königliche Edikt vom 28. März 1794, „wegen der Gesetze und Rechte, nach welchen in (der neuerworbenen Provinz) Südpreußen in Rechtsangelegenheiten verfahren und geurteilt werden soll", in Betracht[33]). Dasselbe ging an sich davon aus, daß das Landrecht schon infolge des Patents vom 5. Februar 1794 auch in Südpreußen, als einem Teile der Königlich Preußischen Staaten, vom 1. Juni 1794 an Gesetzeskraft erlangt habe (§ 5), beließ jedoch bis zur Herstellung eines entsprechenden Provinzialgesetzbuchs den Vorrang den „bisher im Lande üblich gewesenen und für gültig anerkannten Gesetzen, Konstitutionen und wohlhergebrachten Gewohnheiten", damit „nach solchen die unter den Parteien vorkommenden Rechtsstreitigkeiten entschieden werden sollen" (§ 1), und schloß charakteristischerweise von dieser Aufrechthaltung des Partikularrechts ausdrücklich folgende Stücke — „als auf welche in judicando et decidendo gar keine Rücksicht genommen werden kann und soll" — aus:

> a) „alle auf die Gerichtsverfassung und gerichtliche Verfahrensart Beziehung habenden Gesetze und Konstitutionen; sowie b) alle diejenigen, die irgend einem in Unsern übrigen Staaten vorgegangenen allgemeinen Verbotsgesetze, oder c) Unserer Regierungsform überhaupt, oder d) solchen Grund-

---

[32]) Patent vom 5. Februar 1794 § VI; Stoelzel, Suarez S. 374 (oben S. 444 Anm. 20); Rabe Bd. 3 S. 659; Gesetzkommission vom 30. September 1796: „Solchergestalt ist eine überall einzuführende Gleichförmigkeit dem Willen des höchsten Gesetzgebers gewiß am gemäßesten; und es fehlt an aller Aufforderung, mit ängstlicher Mühe aus den bisherigen Provinzialgesetzen Abweichungen und Ausnahmen zu ergrübeln, um dadurch dem künftigen Provinziallandrecht einen ausgedehnteren Umfang zu verschaffen. Nur alsdann, wenn es durch besondere Provinzialverfassungen unvermeidlich notwendig wird, soll von dem allgemeinen Landrecht abgewichen werden."

[33]) Rabe, Sammlung preußischer Gesetze Bd. 2 S. 608. Vgl. Stoelzel, Suarez S. 372 f.; Entscheidungen des Obertribunals Bd. 1 S. 42 f.

Digitized by Google

sätzen entgegen sind, nach welchen jedwedem, ohne Unterschied des Standes, Recht widerfahren muß" (§ 52).

Im Edikte vom 28. März 1794 ist das Verhältnis von Partikularrecht und Allgemeinem Landrecht offensichtlich ganz in der nämlichen Weise geordnet wie im Publikationspatente vom 5. Februar 1794. Auch nach dem Edikte vom 28. März 1794 betraf das einstweilen an erster Stelle beibehaltene Partikularrecht nur solche Sätze, welche die materielle Basis für im Rechtswege zu beurteilende jura privatorum bildeten. Dagegen der ausdrückliche, absolute Ausschluß derjenigen Sätze des partikularen Rechtes, welche „Unserer Regierungsform überhaupt" entgegen sind, ließ umgekehrt das rein öffentliche Recht des Allgemeinen Landrechts von vornherein ganz zweifellos an die erste Stelle treten [34]). Eine Deklaration vom 30. April 1797 war darauf der Überzeugung, daß das polnische Partikularrecht angesichts seiner Rückständigkeit gegenüber der „Staats- und Regierungs-Verfassung" der preußischen Monarchie doch noch geringere Schonung verdiene, als man ihm anfangs zugedacht, und zählte die „Rechtsmaterien" einzeln auf, für die allein das polnische Partikularrecht — auch bei Herstellung eines Provinzialgesetzbuchs — noch in Betracht zu ziehen sei [35]).

Der Wortlaut des Patents vom 29. November 1795 für die Fürstentümer Ansbach und Bayreuth ist in seinen Dispositionen über die Gesetzeskraft des Allgemeinen Landrechts und des Partikularrechts dem Patente vom 5. Februar 1794 (Eingang, § I, § III) nachgebildet und ergibt bei gehöriger rechtswissenschaftlicher Interpretation die gleichen Ergebnisse, wie sie oben aus dem Patente vom 5. Februar 1794 gewonnen sind: namentlich im Endergebnisse für Ansbach-Bayreuth die prinzipale Geltung des spezifisch öffentlichen Rechtes des Allgemeinen Landrechts [36]).

Das Patent vom 30. April 1797 verleiht dem Landrechte für Neuostpreußen in demselben allgemeinen Umfange — mit fast ganz gleichen Wendungen — Gesetzeskraft, wie es im Eingange des Publikationspatents vom 5. Februar 1794 geschehen. Das vorgefundene Partikularrecht wird nur bezüglich einiger aufgezählter

---

[34]) Das partikulare Strafrecht war durch § 2 Ziffer b („Verbotsgesetze") beseitigt. Vgl. Rabe Bd. 4 S. 121 (§ 22).

[35]) Rabe Bd. 4 S. 104 f.

[36]) Rabe Bd. 3 S. 205, 206; Ausschluß des partikularen Strafrechts § 13, S. 210.

Digitized by Google

„Rechts-Materien" für beachtenswert erklärt (§ 12), „da die meisten und wichtigsten (der älteren Gesetze) durch die Veränderung in der Regierungsform und Staatsverfassung von selbst außer Anwendung kommen" [37]).

Das Patent vom 4. August 1801 wegen Publikation des ersten Teiles des Ostpreußischen Provinzialrechts (mit den Zusätzen zu Teil I und Teil II 1—4 Allgemeines Landrecht) bestimmt die Gesetzeskraft desselben mit den gleichen Wendungen, wie das Patent vom 5. Februar 1794 bezüglich des Landrechts („dergestalt, daß dasselbe bei Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, sowie bei Entscheidung der sich ereignenden Rechtsstreitigkeiten zugrunde gelegt werden soll"). Aber schon die Grundsätze, welche für die Herstellung eines Provinzialgesetzbuchs aufgestellt waren [38]), verhinderten an sich, daß der publizierte Teil des Ostpreußischen Provinzialrechts überhaupt rein öffentliches Recht enthielt, welches im Widerspruche mit rein öffentlichem Rechte des Allgemeinen Landrechts stand und dem letzteren eventuell ohne besonderen ausdrücklichen Hinweis des Gesetzgebers vorzugehen bestimmt war [39]). Der erste Teil des Ostpreußischen

---

[37]) Rabe Bd. 4 S. 112, 118; Ausschluß des partikularen Strafrechts S. 121.

[38]) Publikationspatent vom 5. Februar 1794 § VI f., Verordnung vom 22. August 1798 und Kabinettsorder vom 9. September 1800. Laspeyres, Preußisches Privatrecht, 1843, S. 27; Heydemann Bd. 1 S. 70; Rabe Bd. 5 S. 188, Bd. 6 S. 251.

[39]) Das ist besonders angesichts des Wortlauts des oben zitierten Gesetzespassus wohl zu beachten! S. zu den obigen Ausführungen auch Entscheidungen des Obertribunals Bd. 29 S. 193 (Erkenntnis 5. September 1854): „Die Forstordnung für Ostpreußen und Littauen vom 3. Dezember 1775 enthält nun zum großen Teile auf die Einrichtung des Forstwesens bezügliche administrative und reglementarische Bestimmungen; und insoweit steht sie, dem § 2 Publikationspatent vom 4. August 1801 zufolge [welcher nur die Abrogation der eine „Rechtsmaterie", aber nicht bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen betreffenden, einzelnen Edikte und Verordnungen verfügt] unzweifelhaft in Kraft. Allein im Ostpreußischen Provinzialrechte selbst ist auch auf sie, mindestens ihren ganzen 14. Titel, ausdrücklich Bezug genommen. Wenn nun nach dem klaren Buchstaben des Ostpreußischen Provinzialrechts bezüglich auf das, was als Jagdfrevel oder Jagdkontravention zu rügen, der ganze 14. Titel der Provinzial-Forstordnung, als prinzipale Norm vorgeschrieben, so ist es Willkür, einzelne Paragraphen desselben um deshalb von der Anwendung auszuschließen, weil davon abweichende Bestimmungen im Landrechte II 16 §§ 64—68 getroffen sind. . . Denn wird hier darüber, wie Jagd-

Digitized by Google

Provinzialrechts war an sich als ein Provinzialkodex über jura privatorum erlassen, was insbesondere auch der § II des Patents vom 4. August 1801 durch die ausdrückliche Erklärung der Aufhebung der früher über „einzelne Rechtsmaterien“[40]) von Zeit zu Zeit ergangenen provinziellen Edikte und Verordnungen bestätigte, da dieselben bei Abfassung des Ostpreußischen Provinzialrechts mitberücksichtigt seien, und, soweit es angängig, als weiter anwendbar positiv bezeichnet seien. Wenn dabei der § II des Patents vom 4. August 1801 hinzufügt: „Jedoch bleiben davon, wie sich von selbst versteht, diejenigen ausgenommen, welche keine Rechtsmaterie, sondern bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen betreffen“, so ist diese Klausel richtig nur im engsten Zusammenhange mit dem unmittelbar vorhergehenden Passus: „Wenn weder das eine noch das andere geschehen ist (d. h. wenn weder eine ausdrückliche Einschaltung noch Verweisung vorliegt), so sind diese einzelnen Edikte und Verordnungen für aufgehoben zu achten“, zu verstehen. Keineswegs erklärt der § II des Patents von 1801 es für „selbstverständlich“, daß die „bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen“ betreffenden, provinziellen Edikte und Verordnungen schlechthin und mit primärer Geltungskraft vor dem Allgemeinen Landrechte beibehalten seien. Er erklärt es nur für selbstverständlich, daß bei einem auf die Kodifikation von „Rechtsmaterien“ angelegten Provinzialgesetzbuch einzelne ältere, „bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen“, also rein öffentliches Recht, betreffende, provinzielle Edikte und Verordnungen von der Aufhebungswirkung nicht nur im Falle ausdrücklicher Aufnahme oder Bezugnahme in dem Provinzialgesetzbuch ausgenommen seien; das „davon“ ist streng auf die unmittelbar vorhergehende Art der Aufhebungserklärung zu beziehen. Einzelne ältere, „bloß Finanz- oder

frevel oder Jagdkontraventionen zu rügen, ausdrücklich auf die Provinzial-Forst- und Jagd-Ordnungen verwiesen, so müssen die letzteren in dieser Materie auch prinzipaliter zur Norm dienen, und ihren Bestimmungen können etwa abweichende Vorschriften des Landrechts nicht derogieren.“

[40]) Vgl. kultusministerielles Reskript vom 9. Dezember 1833 (v. Kamptz, Annalen Bd. 18 S. 705): „Da nun (provinzialrechtliche) Bestimmungen über die Verpflichtung, zu den Reparaturkosten der Dienstwohnungen beizutragen, als das desfalsige Rechtsverhältnis zwischen der Kirche und Schulgemeine einerseits und den Geistlichen und Schullehrern andererseits bestimmend, . . . nicht existieren, müssen ALR. II 11 § 784 f. auch in Ostpreußen zur Anwendung kommen.“

Digitized by Google

Polizei-Einrichtungen" betreffende, provinzielle Edikte und Verordnungen blieben in Ostpreußen auch nach dem Inkrafttreten des Ostpreußischen Provinzialrechts von 1801 in Wirksamkeit: a) zunächst: wenn das Ostpreußische Provinzialrecht ausdrücklich auf sie verwies, selbst bei einem dem Landrechte widersprechenden Inhalte, gemäß dem Rechtsgrundsatze: lex posterior derogat legi priori [41]), b) aber auch beim Schweigen des Ostpreußischen Provinzialrechts, wenn das Landrecht selbst in seinen öffentlichrechtlichen Normen auf provinzielle Edikte und Verordnungen verwies; c) endlich wenn ein solches Edikt bezw. Verordnung eine Materie ordnete, die im Ostpreußischen Provinzialrecht oder Allgemeinen Landrecht überhaupt übergangen war [42]).

Mit Publikations-Patent vom 6. März 1802 erfolgte die Einführung des zweiten Teiles des Ostpreußischen Provinzialrechts (mit den Zusätzen zu II 5—20). Auch hier wurde dem Provinzialrechte „volle Gesetzeskraft" dahin beigelegt, daß es „bei Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, sowie bei Entscheidung der sich ereignenden Rechtsstreitigkeiten, nach den in dem Patente (vom 4. August 1901) enthaltenen Maßgaben und Bestimmungen zum Grunde gelegt werden" sollte. Der ausdrückliche Hinweis auf das Patent von 1801 rechtfertigt es unbedingt, daß dem 1802 publizierten Teile des Ostpreußischen Pro-

[41]) Nach diesem Rechtsgrundsatze hat auch die Auslegung von Zusatz 1 § 3 „Zur Einleitung" im Ostpreußischen Provinzialrechte zu erfolgen: „Wegen des Verhältnisses der Einwohner und ihrer verschiedenen Klassen gegen den Staat wegen der öffentlichen Abgaben und Lasten und der davon stattfindenden Befreiungen, ingleichen wegen der Einrichtungen und Anordnungen, welche die Leitung und öffentliche Aufsicht über Handel und Gewerbe sowie andere Gegenstände der Polizei betreffen, bleibt es überall bei der bisherigen Verfassung und bei den darüber ergangenen Gesetzen, insofern nicht in dem Allgemeinen Landrecht oder in dem gegenwärtigen Provinzialrecht abweichende Bestimmungen darüber vorgeschrieben worden." Der Gesetzgeber setzt am Schlusse dieser Stelle voraus, daß ein Gegensatz zwischen Allgemeinem Landrecht und Ostpreußischem Provinzialrechte nicht bestehen kann, da bei Abfassung des letzteren Gelegenheit war, auf Übereinstimmung mit dem Landrechte zu halten. Keinesfalls entscheidet schon die Erstnennung des Landrechts!

[42]) Vgl. Dernburg Bd. 1 S. 20 über § II Patent vom 5. Februar 1794: „Natürlich erfolgte die Aufhebung der älteren Bestimmungen nur hinsichtlich derjenigen Materien, welche das Landrecht behandelt. Daher denn insbesondere ältere auf das öffentliche Recht bezügliche Gesetze in Kraft blieben."

Digitized by Google

vinzialrechts in den für die vorliegende Untersuchung bedeutungsvollen Punkten die nämliche Würdigung zuteil werden muß, wie dem Teile von 1801. Demnach war auch der Teil von 1802 grundsätzlich als Provinzialkodex über jura privatorum erlassen, und die für seine Ausarbeitung maßgebenden Grundsätze verhinderten an sich, daß darin rein öffentliches Recht Aufnahme fand, welches dem Allgemeinen Landrechte widersprach. Einzelne ältere, „bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen" betreffende, provinzielle Edikte und Verordnungen blieben nur unter den oben sub a—c angeführten Voraussetzungen weiter in Geltung. Keine Änderung dieses Standpunkts bewirkt jedenfalls auch der im Patente von 1802 sich findende Zusatz:

> „Jedoch verbleibt es in Absicht des Kirchen-, Schul- und Armenwesens bei der bisherigen observanzmäßigen Dienstverfassung so lange, bis durch allgemeine Verordnungen über diese wichtigen Gegenstände nähere Vorschriften erteilt sein werden."

Während die eventuell weiter geltenden, „bloß Finanz- oder Polizei-Einrichtungen" betreffenden, provinziellen Edikte und Verordnungen ihrer Natur nach Rechtsnormen darstellten, handelt es sich in der zuletzt erwähnten Klausel nur um die — eigentlich überflüssige — Erklärung der Weitergeltung einer bestimmten Gruppe von Verwaltungsvorschriften. Treffende Ausführungen zur konkreten Sachlage enthalten bereits zwei ältere Ministerialreskripte. Ein Reskript des Kultusministeriums vom 9. Dezember 1833 (v. Kamptz, Annalen Bd. 18 S. 707):

> „Aus den zwischen dem damaligen geistlichen Departement und dem Großkanzler v. Goldbeck, bei Redaktion des Ostpreußischen Provinzialrechts stattgehabten Verhandlungen ergibt sich, daß der Vorbehalt im Patente vom 6. März 1802 keineswegs alle, das Kirchen- und Schulwesen angehende Observanzen, Statuten und Provinzial-Gesetze, insofern das Ostpreußische Provinzialrecht über deren Gegenstände abweichende Bestimmungen enthält, noch als gültig erklärt, sondern daß sich jener Vorbehalt lediglich auf diejenigen Anordnungen über das Kirchen- und Schulwesen bezieht, welche die Dienstverfassung betreffen. Diese sind, weil sie keine Privatrechts-Verhältnisse betreffen, ganz eigentlich reglementarischer Natur, gehören schon deshalb nicht in ein Gesetzbuch, und waren zur Zeit der Emanation des Provinzialrechts in besonderen Reglements enthalten, deren Revision ebenfalls wieder neueren reglementarischen Ver-

Digitized by Google

ordnungen vorbehalten bleiben sollte. Zwar war hiernach der Vorbehalt eigentlich überflüssig, weil er sich in der vorgedachten Beschränkung von selbst verstand, indes eben, weil er überflüssig war, trug man nach dem allerdings nicht richtigen Grundsatze, superflua non nocent, kein Bedenken, zur Beseitigung der gegen mehrere Bestimmungen des Provinzialrechts gemachten Erinnerungen, den gedachten Vorbehalt aufzunehmen, auch wollte man wohl der irrtümlichen Ansicht ausdrücklich begegnen, als ob auch die zur Zeit der Emanation des Provinzialrechts geltenden provinziellen Dienst-Reglements durch das letztere abgeschafft wären. Der Vorbehalt bezieht sich aber keineswegs auf solche Observanzen und Gewohnheiten, welche Rechtsverhältnisse zum Gegenstande haben. In Beziehung auf dieselben ist zu erwägen, daß das Patent vom 6. März 1802 unmittelbar vor jenem Vorbehalt auf die im Patent vom 4. August 1801 enthaltenen Maßgaben und Bestimmungen verweiset."

Gleichmäßig äußert sich ein Justizministerialreskript vom 5. Juli 1833 (v. Kamptz, Annalen Bd. 17 S. 635):

„Der Sinn dieses Vorbehalts ist erst vor kurzer Zeit in Veranlassung eines Schreibens des Königlichen Ministeriums der Geistlichen, Unterrichts- und Medizinal-Angelegenheiten vom 18. Februar d. J. von beiden Justizministern einer genauen Prüfung unterworfen worden. Das Resultat derselben geht aus den, in dem abschriftlich anliegenden Antwortschreiben beider Justizminister vom 13. Mai d. J., angegebenen Gründen dahin:
daß sich jener Vorbehalt lediglich auf diejenigen Anordnungen über das Kirchen- und Schulwesen beziehe, welche

die Dienstverfassung,

nicht aber Rechtsverhältnisse betreffen, und mithin ganz eigentlich reglementarischer Natur sind, und schon deshalb nicht in ein Gesetzbuch gehören.

Die Frage:

ob ein Gegenstand, welcher nach allgemeinen Grundsätzen an die Justizbehörde gewiesen ist, ausnahmsweise derselben zu entziehen sei? — ob insbesondere die Forderungen, welche Pfarrer und Schulbediente vermöge ihres Amts an Privatpersonen machen, ohne weiteres von den Verwaltungsbehörden durch Exekution beigetrieben werden können?

betrifft nicht bloß die Dienstverfassung, sondern Rechtsverhältnisse, und kann nicht durch Reglements, sondern lediglich durch Gesetze entschieden werden."

Das Patent vom 8. März 1803 führte durch Anwendung der aus dem Publikationspatente vom 5. Februar 1794 bekannten all-

Digitized by Google

gemeinen Wendungen das Allgemeine Landrecht auch in das Fürstentum Hildesheim und die Stadt Goslar ein. Ein positiver Vorbehalt hinsichtlich des Partikularrechts erfolgte nur zugunsten der „bisher für giltig anerkannten Gesetze und Konstitutionen über einzelne Rechtsmaterien, ingleichen der wohlhergebrachten Gewohnheiten“ [43]), so daß, da die Klausel „über einzelne Rechtsmaterien“ sicher analog auch bei den „wohlhergebrachten Gewohnheiten“ einzusetzen ist, hier ebenfalls dem rein öffentlichen Rechte des Landrechts von Anfang an nur prinzipale Geltung zustand. Die ganz gleiche Sachlage ergab für das Eichsfeld, die Städte Mühlhausen, Nordhausen, Erfurt das Patent vom 24. März 1803 (Rabe Bd. 7 S. 333), für die Erbfürstentümer Paderborn und Münster, sowie für die Abteien Essen, Werden, Elten das Patent vom 5. April 1803 (Rabe Bd. 7 S. 422 f.).

Das Patent wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in die von den preußischen Staaten getrennt gewesenen, mit denselben wiedervereinigten Provinzen [44]) vom 9. September 1814 (GS. S. 89) bestimmte

> § 1: „Vom 1. Januar 1815 an soll Unser Allgemeines Landrecht nebst den dasselbe abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen in den, mit den preußischen Staaten wiedervereinigten Provinzen von neuem volle Kraft des Gesetzes haben und nach dem benannten Tage bei

---

[43]) Rabe Bd. 7 S. 306, Ausschluß des partikularen Strafrechts § 10 S. 309; ferner S. 336, 426.

[44]) Vgl. hierzu Evelt, Über Provinzialrechte in Ulrich, Neues Archiv für preußisches Recht und Verfahren Bd. 3, 1837, S. 151 f. (geht von dem jetzt abgelehnten Begriff eines „materiell“ zu nehmenden „Provinzialrechts“ aus. S. besonders S. 154: „Ebenso wenig kann es zweifelhaft sein, daß die rein staatsrechtlichen, sowie administrativen Vorschriften ausscheiden. Alle Bestimmungen, deren Grundcharakter darin besteht, daß sie den Staat als Staat darstellen, sie mögen sich auf Regierung oder auf die Verwaltung beziehen, mithin alle gesetzlichen Bestimmungen, welche entweder die Form zum Gegenstande haben, in welcher das Oberhaupt des Staates nach den grundgesetzlichen Bestimmungen die zur allgemeinen Sicherheit erforderlichen Anstalten treffen läßt (Regierung), oder welche die Art und Weise betreffen, wie die Ausübung dieser Anstalten im ganzen Umfange des Staates gesichert wird (Verwaltung), gehören schon ihrer Natur nach nicht weiter zum Provinzialrecht.“) S. dagegen Rehbein Bd. 1, 2. Aufl., S. 4: „Erst das Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts usw. in Westfalen vom 21. Juni 1825 hat einen abweichenden Grundsatz aufgestellt.“ Entscheidungen des Obertribunals Bd. 4 S. 439.

Digitized by Google

Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen, sowie bei Entscheidung der entstehenden Rechtstreitigkeiten zu Grunde gelegt werden." § 2: „Die in einzelnen Provinzen und Orten bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten sollen, insofern sie durch die, unter den vorigen Regierungen eingeführten Gesetze aufgehoben oder abgeschafft worden, auch fernerhin nicht mehr zur Anwendung kommen. An deren Stelle treten die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts. Dahingegen hat es bei denjenigen Provinzialgesetzen und Gewohnheiten, welche deshalb, weil sich über den Gegenstand derselben in den bisherigen Gesetzen keine Vorschriften finden, als fortbestehend beibehalten worden, auch künftig noch sein Bewenden, wie denn auch die aufgehobenen Provinzialrechte wieder volle Wirksamkeit in allen den Fällen erhalten, in welchen das Allgemeine Landrecht über den Gegenstand derselben keine Bestimmungen enthält."

Der Wortlaut des § 1, der die „volle Kraft des Gesetzes" des Landrechts sowohl auf „die Vollziehung und Beurteilung aller rechtlichen Handlungen und deren Folgen", wie auf „die Entscheidung der entstehenden Rechtsstreitigkeiten" erstreckt, ergibt unbedingt, daß die Wiedereinführung des Landrechts nicht bloß seinen Normen über im Rechtswege verfolgbare jura privatorum galt, sondern auch seinen rein öffentlichrechtlichen Vorschriften[45]). Das Gleiche ist aber auch unzweifelhaft hinsichtlich derjenigen nach 1794 erlassenen Bestimmungen privat- wie auch öffentlichrechtlichen Charakters anzunehmen, welche der Gesetzgeber mit unverkennbarer Beziehung auf Normen des Allgemeinen Landrechts zu deren Ergänzung und Erläuterung bestimmt hatte. Dagegen genügte, um von der Wiedereinführungsklausel des § 1 mitbetroffen zu werden, nicht schlechthin der Umstand, daß eine nach 1794 erlassene Bestimmung des preußischen Gesetzgebers eine im Landrechte vorhandene Normenpartie abändernd berührte. Nur dann, wenn die spätere Abänderungsnorm im Rahmen des Systems oder der Fundamentalbegriffe des landrechtlichen Gesetzeswerkes verblieb, wurde auch sie von der Wiedereinführungsklausel des § 1 mitbetroffen. Dagegen bedeuteten viele gesetzliche Erlasse nach 1794, die in Widerspruch mit einer Normenpartie des Landrechts traten, geradezu einen bewußten Bruch des preußischen Gesetzgebers mit dem System oder den Fundamentalbegriffen des landrechtlichen Gesetzeswerkes. Insbesondere war dies mit der öffentlichrechtlichen Reformgesetzgebung nach der Katastrophe von

[45]) Ausschluß des partikularen Strafrechts § 16.

Digitized by Google

1806/07 der Fall[46]). Derartige Bestimmungen des preußischen Gesetzgebers erschienen dann nicht mehr als bloßes Annex zu der landrechtlichen Gesetzgebung und konnten demgemäß auch nicht von der Wiedereinführungsklausel des § 1 („nebst") mitbetroffen werden. Ihre Geltung „in den von den preußischen Staaten getrennt gewesenen, mit denselben wiedervereinigten Provinzen" konnte demnach nur etwa auf einen besonderen Willensakt des preußischen Gesetzgebers gegründet werden.

Der § 2 des Patents vom 9. September 1814 regelte dagegen nach solcher Einführung des Landrechts und seiner Zubehörgesetzgebung die Geltungsfrage des Partikularrechts. Zunächst sollte das Partikularrecht, das durch die Gesetzgebung der Fremdherrschaft aufgehoben oder abgeschafft war, nicht wieder aufleben, sondern durch das Landrecht selbst ersetzt sein. Nur solchem Partikularrechte ward weitere Geltung zugestanden: a) welches auch während der Fremdherrschaft wegen einer Lücke der Gesetzgebung seine Fortdauer gewahrt hatte, und b) welches, wenn auch durch die Gesetzgebung der Fremdherrschaft formell aufgehoben, Bestimmungen traf über Gegenstände, über welche das Landrecht selbst schwieg. Die Art, wie hier über die Fortdauer etwaigen Partikularrechts Bestimmung getroffen wurde, ergab unbedingt, daß die rein öffentlichrechtlichen Vorschriften des Allgemeinen Landrechts und seiner späteren Zubehörgesetzgebung auch in den „von den preußischen Staaten getrennt gewesenen, mit denselben wiedervereinigten Provinzen" die primäre Geltungskraft gegenüber dem Partikularrechte gewannen, wie es schon entsprechend im 18. Jahrhunderte gemäß dem Publikationspatente vom 5. Februar 1794 der Fall gewesen war.

Das Patent wegen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in die mit der Provinz Westpreußen[47]) vereinigten Distrikte, den Culm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn vom 9. November 1816 stimmt

[46]) Vgl. v. Daniels, Preußisches Privatrecht Bd. 1 S. 87: „Das Bedürfnis, die Staatsgewalt zu kräftigen . . . führte . . nach dem Schlusse des Friedens zu Tilsit . . . zu einer Folge von allgemeinen Gesetzen, in welchen die Grundlagen der nicht rein privatrechtlichen Teile des Landrechts aufgehoben oder doch wesentlich umgeformt wurden." S. 88 f.

[47]) Gesetzsammlung 1816 S. 217. § 20: Ausschluß des partikularen Strafrechts.

Digitized by Google

in seinem § 1 mit § 1 des Patents vom 9. September 1814 durchaus überein und ist insofern ganz gleich auszulegen. Der § 2 aber erklärt „die in den genannten Distrikten bestandenen besonderen Rechte und Gewohnheiten, insofern sie durch die unter der vorigen Regierung eingeführten Gesetze aufgehoben oder abgeschafft worden", auch fernerhin der Geltungskraft entbehrend: „An deren Stelle treten die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts, und wo diese fehlen sollten, die Analogie des Rechts nach Anleitung der im § 49 Einleitung gegebenen Vorschrift." Die Sachlage ergibt ganz unzweideutig, daß auch hier den rein öffentlichrechtlichen Normen des Landrechts der primäre Rang zugebilligt war.

Das gleiche Resultat folgt aus dem Patente wegen Wiedereinführung der preußischen Gesetze in dem Großherzogtume Posen [48]) vom 9. November 1816, welches in §§ 1 und 2 den Wortlaut von §§ 1 und 2 des soeben besprochenen Patents vom 9. November 1816 wiederholt und daher ganz die nämliche Auslegung erfordert.

Der § 1 des Patents wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts in die mit den preußischen Staaten vereinigten, ehemals sächsischen Provinzen und Distrikte vom 15. November 1816 ist [49]) infolge wörtlicher Übereinstimmung ebenso auszulegen wie § 1 des Patents vom 9. September 1814. Der § 2 verfügt dazu insbesondere ausdrücklich die Ersetzung „der bisher zur Anwendung gekommenen allgemeinen Landesgesetze und der subsidiarischen Gesetze" durch das Allgemeine Landrecht. Der § 3 aber modifiziert die sich aus § 1 ergebende allgemeine Gesetzeskraft des Landrechts zugunsten „der in den einzelnen Provinzen und Orten bisher bestandenen, besonderen Rechte und Gewohnheiten" nur „dergestalt, daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und nur erst in deren Ermanglung nach den Vorschriften des Landrechts beurteilt und entschieden werden sollen". Also eine primäre Geltung des beibehaltenen Partikularrechts wurde nur zugunsten seiner Normen über im Rechtswege zu entscheidende jura privatorum vorbehalten, das rein öffentliche Recht des Landrechts brauchte dem Partikularrechte nicht zu weichen [50]).

[48]) Gesetzsammlung 1816 S. 225. § 20: Ausschluß des partikularen Strafrechts.

[49]) Gesetzsammlung 1816 S. 233. § 17: Ausschluß des partikularen Strafrechts.

[50]) Eine Erörterung der Verordnung vom 25. Mai 1818 (Gesetzsammlung S. 45) erübrigt sich an diesem Orte.

Digitized by Google

Das Patent wegen Einführung des Allgemeinen Landrechts und der Allgemeinen Gerichtsordnung in das Herzogtum Westfalen[51]) usw. vom 21. Juni 1825 erleidet in seinem § 1 wegen dessen wörtlicher Übereinstimmung[52]) mit § 1 Patent vom 9. September 1814 zweifellos die nämliche Auslegung wie diese Gesetzesvorschrift. Der § 2 des Patents von 1825 bekräftigt aber nur gemäß dem Prinzip des voraufgehenden § 1 durch ausdrücklichen Ausspruch den Ersatz „der bisher geltend gewesenen gemeinen Rechte und derjenigen Landesgesetze oder der in ihnen enthaltenen Vorschriften, worin gemeines Recht aufgenommen, erläutert, ergänzt oder abgeändert ist", durch das Allgemeine Landrecht. Der § 3 jedoch behält dem Partikularrechte („den in den einzelnen Landesteilen und Orten bestehenden besonderen Rechten und Gewohnheiten, desgleichen denjenigen Landesordnungen oder Bestimmungen derselben, welche sich auf Provinzialrechtsverhältnisse beziehen") die gesetzliche Kraft nur „dergestalt" vor, „daß die vorkommenden Rechtsangelegenheiten hauptsächlich nach diesen und erst in deren Ermanglung nach den Vorschriften des Landrechts beurteilt und entschieden werden sollen". Auch hier schließen es die Ausdrücke: „Provinzialrechtsverhältnisse" und „Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten" absolut aus, daß der Vorrang des Partikularrechts vor dem Landrecht anderen als bloß „privatrechtlichen", d. h. als Grundlage von im Rechtswege verfolgbaren Ansprüchen der einzelnen Rechtssubjekte dienenden, Normen gelten kann. Das rein öffentliche Recht des Landrechts behauptete also auch im Geltungsgebiete des Patents von 1825 primäre Anwendbarkeit.

Das Patent wegen Publikation des Provinzialrechts für Westpreußen[54]) vom 19. April 1844 verfügt

> § 3: „Das Provinzialrecht erhält mit dem 1. Juli 1844 Gesetzeskraft. Es tritt an die Stelle des Preußischen Landrechts von 1721 und der übrigen, das Privatrecht betreffenden Provinzialgesetze, Gewohnheiten und Observanzen, und es soll von dem gedachten Zeitpunkt ab auf dergleichen provinzialrecht-

[51]) Vgl. Koechling in Ulrich, Neues Archiv Bd. 6, 1839, S. 335 f. — Gesetzsammlung 1825 S. 153.

[52]) Eine Abweichung besteht nur insofern, als Patent von 1825 § 1 sagt: „der rechtlichen Handlungen" statt „aller rechtlichen Handlungen".

[53]) § 23: Ausschluß des partikulären Strafrechts.

[54]) Gesetzsammlung 1844 S. 103.

Digitized by Google

liche Normen bei Beurteilung späterer Fälle nicht mehr zurückgegangen werden." § 5: „Diejenigen Ortsstatuten und Gewohnheiten, auf welche in den allgemeinen Landesgesetzen oder in dem Provinzialrecht ausdrücklich verwiesen ist, bleiben ferner in Kraft. Andere dergleichen Statuten und Gewohnheiten privatrechtlicher Natur behalten zwar für jetzt noch neben dem Provinzialrecht ihre Gültigkeit, sie müssen aber bis zum 1. Juli 1847 von den Ortsgemeinden gesammelt und zu Unserer landesherrlichen Bestätigung vorgelegt werden. Mit dem Ablaufe dieses dreijährigen Zeitraums kann auf die nichtbestätigten Ortsstatute und Gewohnheiten privatrechtlicher Natur bei Entscheidung künftiger Fälle nicht mehr zurückgegangen werden."

Der Zusammenhang und der Wortlaut dieser Gesetzesparagraphen bestätigen unwiderleglich, daß das Partikularrecht, welches vor 1844 in Westpreußen vor dem Allgemeinen Landrechte galt, grundsätzlich privatrechtlichen Charakters war[55]). Das rein öffentliche Recht des Allgemeinen Landrechts hatte dagegen an sich den primären Rang und behauptete diese Eigenschaft auch gegenüber dem westpreußischen Provinzialrechte von 1844, das auch an sich nur als ein Kodex provinziellen Privatrechts gedacht war. Öffentlichrechtliche Ortsstatuten und Gewohnheiten konnten nach § 5 nur im Falle ausdrücklicher Verweisung in den allgemeinen Landesgesetzen oder in dem Provinzialrechte die ihnen daselbst beigelegte Kraft entfalten.

Endlich lautet das Gesetz[56]), betreffend die Einführung des westpreußischen Provinzialrechts in die Stadt Danzig und deren Gebiet, vom 16. Februar 1857

Art. 2: „Mit dem 1. Oktober 1857 werden außer Wirksamkeit gesetzt die bisher in Danzig gültig gewesenen, das Privatrecht betreffenden Provinzialgesetze, Statuten, Gewohnheiten und Observanzen, namentlich das Kulmische Recht von 1767 und die revidierte Willkür von 1761." Art. 3: „Nur die Gewohnheiten, auf welche in den allgemeinen Landesgesetzen, in dem Provinzialrecht oder in diesem Partikularrecht ausdrücklich verwiesen ist, bleiben ferner in Kraft."

Auch Wortlaut und Zusammenhang dieser Gesetzesartikel belegen deutlich die Behauptung, daß in Danzig Partikularrecht,

[55]) Die Wendung: „und der übrigen das Privatrecht betreffenden Provinzialgesetze" (§ 3) beweist, daß auch das Preußische Landrecht von 1721 in seiner Geltung für Westpreußen als ein Privatrechtsgesetzbuch vom Gesetzgeber aufgefaßt wurde. Vgl. Laspeyres Bd. 1 S. 857.

[56]) Gesetzsammlung 1857 S. 87.

Digitized by Google

welches eventuell dem Allgemeinen Landrechte vorging, grundsätzlich nur privatrechtlichen, nicht rein öffentlichrechtlichen Charakters war.

Über die Bedeutung, welche man der seit 1814 die Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts verfügenden Patent-Gesetzgebung in Ansehung der Partie des öffentlichen Rechtes beizulegen habe, zeigte sich freilich alsbald in der Praxis Meinungsverschiedenheit[57]). Es betraf diese Meinungsverschiedenheit einerseits die Frage, ob die formelle Wiedereinführung des Landrechts nur auf dessen Privatrecht zu beschränken oder auch auf dessen öffentliches Recht mit zu beziehen sei; andererseits die zweite Frage, ob spätere Gesetze öffentlichrechtlichen Charakters, welche im Landrechte geordnete Materien des öffentlichen Rechtes betrafen, auch vermöge der Klausel: „nebst den dasselbe abändernden, ergänzenden und erläuternden Bestimmungen" in den betreffenden Landesteilen formal mit eingeführt seien.

Zunächst äußerte sich hierzu ein Reskript des Ministers des Innern vom 3. Januar 1817:

> „Unter den das Allgemeine Landrecht und die Allgemeine Gerichtsordnung abändernden, ergänzenden und erläuternden, gesetzlichen Verordnungen, welche, zufolge des allerh. Patents vom 9. September 1814 mit diesen Gesetzbüchern zugleich in Kraft übergehen werden, sind überall nur solche Verordnungen zu verstehen, die auf das eigentliche Zivil- und Kriminalrecht oder auf das gerichtliche Verfahren Beziehung haben.
>
> Die übrigen, namentlich alle diejenigen Verordnungen und Edikte, welche die Verfassung oder die Verwaltung zum Gegenstand haben, können nicht anders als auf vorgängige besondere Publikation und nach spezieller Anweisung der betreffenden Ministerien in den mit der Monarchie wieder vereinigten Provinzen und Länderteilen zur Anwendung gebracht werden.
>
> Was namentlich die Städteordnung vom 19. November 1808 und das Edikt vom 11. März 1812, über die bürgerlichen Verhältnisse der Juden, betrifft; so wird wegen der Modifikation, unter welcher beide in denjenigen Teilen des Reichs, woselbst sie bis jetzt nicht in Kraft waren, einzuführen sein dürften, erst verhandelt, und es bleibt die allerhöchste Entscheidung hierüber zu gewärtigen[58])."

---

[57]) S. hierüber H. Simon, Preußisches Staatsrecht Bd. 1 S. XXV f. und S. 516 f. v. Roenne-Zorn Bd. 1 S. 166.

[58]) v. Kamptz, Annalen Bd. 1 S. 2.

Digitized by Google

Die im ersten Absatze des Reskripts vom 3. Januar 1817 ausgesprochene Ansicht ist schon deshalb verfehlt[59]), weil dabei augenscheinlich übersehen ist, daß der Wortlaut des Patents vom 9. September 1814 nach dem Landrecht und seiner Zubehörgesetzgebung „alle rechtlichen Handlungen und deren Folgen vollzogen und beurteilt", nicht bloß die entstehenden Rechtsstreitigkeiten entschieden sehen will. Der Geltungsumfang des Landrechts und seiner Zubehörgesetzgebung ist daher unleugbar so weit abgesteckt, daß eventuell auch öffentliches Recht ganz gut dabei mit umfaßt wurde[60]). Demnach weist aber auch die selbst in der Gesetzsammlung (S. 20) abgedruckte Kabinettsorder vom 13. Januar 1827, welche von der Berichtigung des Besitztitels der zum Etablissement der Stadt Magdeburg abgetretenen Domänengrundstücke handelt, in ihrer bei Gelegenheit dieses ganz singulären Falles ganz beiläufig gemachten Bemerkung: „indem das Landrecht da, wo es in die ehemals königlich Westfälischen Provinzen eingeführt, nur über die Angelegenheiten des bürgerlichen Privatrechts verbindliche Kraft erlangt habe", lediglich eine falsa demonstratio des seine konkrete gesetzliche Anordnung motivieren wollenden Gesetzgebers auf, die als solche selbstverständlich den sich aus der Einführungspatentgesetzgebung ergebenden gesetzlichen Tatbestand nicht zu alterieren vermochte.

Weiterhin ist aber auch die im zweiten Absatze des Reskripts vom 3. Januar 1817 geäußerte Ansicht falsch, weil zu weitgehend. Sie ist nach Maßgabe der oben gewonnenen Untersuchungsergebnisse zu berichtigen. Dagegen ist die im dritten Absatze des Reskripts vom 3. Januar 1817 gefällte konkrete Entscheidung zutreffend. Die Städteordnung vom 19. November 1808 und das Edikt vom 11. März 1812 waren von vornherein als öffentlichrechtliche Reformgesetze gedacht, welche einen prinzipiellen Bruch mit den fundamentalen Rechtsanschauungen des Landrechts herbeiführen sollten[61]). Sie paßten daher entschieden nicht in den Rahmen der

[59]) Gegen die Auffassungsweise des Reskripts vom 3. Januar 1817 auch H. Simon Bd. 1 S. XXXVI mit der Bemerkung: „Dies Reskript gibt jedoch nur die Ansicht eines Ministers." Andererseits s. Bielitz, Nachträge zum Kommentar Heft 1 S. 33 f., besonders S. 36; Kommentar Bd. 1 S. 56.

[60]) S. auch v. Strombeck in v. Kamptz, Jahrbücher Bd. 9 S. 91. Die — primäre — Geltungskraft des landrechtlichen Kriminalrechts ordnete § 10 Patent von 1814 ausdrücklich an.

[61]) Vgl. v. Daniels, Privatrecht Bd. 1 S. 88 f.

Digitized by Google

landrechtlichen Zubehörgesetzgebung und konnten nicht schon mit dieser als eingeführt gelten[62]). Hinwiederum hat man mit Recht als von der formalen Wiedereinführung des Allgemeinen Landrechts mitbetroffen gesehen die Bestimmungen über die Mennoniten[63]) und über die Gutsherrschaft und die Patrimonialgerichtsbarkeit[64]).

§ 4. Gesetzeswille und „Praxis".

Bei Gelegenheit seiner erwähnten Rezension des Werkes von Martens bringt Niedner meine kirchenrechtliche Studie im Verwaltungsarchive schließlich auch in Gegensatz zu der Arbeitsweise, „die jetzt in der modernen Jurisprudenz glücklicherweise anfange Gemeingut zu werden", und nennt meine Arbeit „ein charakteristisches Beispiel für die Unvollkommenheit der bisherigen Methode".

Die in meiner kirchenrechtlichen Studie beobachtete Arbeitsmethode ist nun aber die nämliche, die ich bisher bei allen meinen literarischen Produktionen angewandt und probat gefunden. Sie wurzelt in der grundsätzlichen Anschauung, daß Wortlaut und Systematik des Gesetzes als Haupterkenntnismittel des Willens des Gesetzgebers anzusehen sind, und daß bei zwiespältigem Ergebnisse der Sinn vorzuziehen ist, welcher mit der als Auslegungshilfsmittel heranzuziehenden Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Bestimmung („Materialien") übereinstimmt[65]). Dabei ist weiter

---

[62]) Zustimmend bezüglich des Edikts von 1812 auch Reskript des Ministers des Innern vom 5. Juli 1817 (Annalen I. 3. S. 128) und Kabinettsorder vom 8. August 1830 (Gesetzsammlung S. 116). Vgl. Simon Bd. 1 S. 517.

[63]) Reskript des Ministers des Innern vom 28. April 1824 (Annalen Bd. 8 S. 475): „Daß seitens der Minister der Justiz, der geistlichen Angelegenheiten und des Innern die Gesetze wegen der Mennoniten, wegen deren Beschränkung in Absicht der Fähigkeit, Grundstücke zu erwerben, und wegen deren Verhältnisse zu dem evangelischen Kirchensystem, in deren Kirchspiele sie wohnen, sowie zu den dabei angestellten Pfarrgeistlichen, als mit dem Landrechte für eingeführt in den neuen Distrikten Westpreußens anerkannt worden sind."

[64]) S. Verordnung vom 31. März 1833 (Gesetzsammlung S. 61) und Kabinettsorder vom 24. März 1835 (Gesetzsammlung S. 39). Andererseits s. Kabinettsorder vom 23. März 1836 (Gesetzsammlung S. 168).

[65]) S. hierzu die Ausführungen bei Hubrich, Die parlamentarische Redefreiheit, 1899, S. 290; die Sprachenfreiheit in öffentlichen Versammlungen nach preußischem Rechte, 1903, S. 12—15.

Digitized by Google

freilich bei der Beurteilung der Geltung eines Gesetzes der von der Rechtslogik gemachte Unterschied zwischen der Geltung „potentia" und „actu" nicht zu übersehen. Die Geltung gesetzlicher Bestimmungen kann nämlich bisweilen zunächst nur hypothetischer Natur sein. Manche Rechtsnormen bedingen ihrem Inhalte nach, wenn sie vollwirksam werden sollen, das Vorhandensein bestimmter Voraussetzungen tatsächlicher oder rechtlicher Art, und erst beim Eintreffen dieser Voraussetzungen tritt an die Stelle der Geltung „potentia" die volle Geltung „actu"[66]). Aber für die Willenssphäre der Gesetzesuntertanen bleibt nichtdestoweniger auch eine gesetzliche Bestimmung, in Ansehung deren noch diese oder jene rechtliche oder tatsächliche Voraussetzung ihrer Vollwirksamkeit fehlt, vom Augenblick ihres Erlasses durch den zuständigen Gesetzgeber an eine geltende, verpflichtende Potenz; der Gesetzesuntertan schuldet ihr Achtung und Gehorsam als einem bereits in die Welt der Tatsachen getretenen maßgebenden Regulator seines freien Willens.

Mit diesen Grundsätzen befinde ich mich aber, wie ich unbedingt für mich in Anspruch nehme, sowohl auf dem Boden der Wissenschaftlichkeit[67]) wie der Tatsächlichkeit. Dagegen kommt mir der Auslegungsstandpunkt Niedners, wie er von ihm in der erwähnten Rezension über das Werk von Martens positiv formuliert ist, weder als klar noch als wissenschaftlich haltbar, weil insbesondere der in Betracht kommenden Rechtsordnung diametral widersprechend, vor. Nach Niedner soll der Vorzug der „modernen Jurisprudenz" die Erkenntnis sein, daß die Frage, was „wirkliches Recht" sei, sich nicht danach bemesse, was der Gesetzgeber nach der mittels wissenschaftlicher Auslegung zu erforschenden Tragweite seiner Satzungen selbst angeordnet habe, sondern was „die Praxis" von den gesetzgeberischen Erklärungen wirklich aufgenommen habe. Niedner spricht demgemäß von einem „Kampfe der Theorie des Gesetzes mit der Praxis", von dem „Widerstreben der Praxis, einer gesetzlichen Regel zu folgen". Niedner hält also die „Praxis" für eine dem Gesetz und dem Gesetzgeber gegenüber durchaus selbständige Macht, und zwar ohne etwa zwischen

[66]) S. Hubrich, in Annalen des Deutschen Reichs 1908 S. 727, 760.

[67]) S. insbesondere die Quellenangaben in den Nr. 65 zitierten Schriften, namentlich auch hinsichtlich des gleichartigen Standpunkts des Reichsgerichts und des Oberverwaltungsgerichts. Ferner Windscheid-Kipp, Pandektenrecht, 9. Aufl., Bd. 1, 1906, S. 100 f.

Digitized by Google

dem 18. Jahrhundert und der Jetztzeit zu unterscheiden. Ausdrücklich erklärt er gerade für die Betrachtung des Kirchenrechts die „Erkenntnis der modernen Jurisprudenz" als beachtsam, und von Martens selbst hätte er gern noch näher erfahren, „wie die Anschauungen der Praxis über das Verhältnis der Staats- und Kirchenverwaltung zu Ausgang des 18. Jahrhunderts im benachbarten Hannover waren".

Ich stehe nun nicht an, diese von Niedner so gerühmte „Erkenntnis" der „modernen Jurisprudenz" als einen absoluten Fehlgriff zu qualifizieren. Denn daß Niedners Worte auf die auch nach meiner Überzeugung für die Praxis sehr wichtige Unterscheidung der Geltung eines Rechtssatzes „potentia" und „actu" zielen, halte ich für ausgeschlossen. Es ist speziell schwer zu verstehen, wie jemand, der nur einigermaßen von der positiv ausgeprägten Stellung des landrechtlichen Gesetzgebers zu der „Praxis" eine Ahnung hat, dieser Praxis eine selbständige Autorität gegenüber den ausdrücklichen Satzungen des Gesetzgebers beimessen kann.

„Der Richter" — führt Svarez selbst durchaus im Sinne der preußischen Gesetzgebung zu Ausgang des 18. Jahrhunderts aus — „ist den Gesetzen unterworfen, er ist schuldig, nur sie zur Richtschnur seiner Entscheidung anzunehmen. Nie kann und darf er seine Willkür an die Stelle der Gesetze unterschieben oder seine Erkenntnisse nach seinen Privat-Einsichten, Neigungen oder eigennützigen Absichten einrichten" [68]). Gerade die Kasuistik des Landrechts sollte das wohlberechnete Mittel sein, dem Richter die Entscheidung vorkommender Rechtsfälle nach eigenem subjektivem Rechtsbedünken unmöglich zu machen, außerdem war ihm durch die §§ 47, 48 Einleitung ausdrücklich zur Pflicht gemacht, dann, wenn er den eigentlichen Sinn des — an sich anwendbaren — Gesetzes zweifelhaft finde, seine Zweifel der Gesetzkommission anzuzeigen und deren Beschluß bei seinem folgenden konkreten Erkenntnisse zugrundezulegen — eine Schranke, die erst im März 1798 weggeräumt ward durch das Zugeständnis des Gesetzgebers an den Richter, ein dem Sinne nach dunkles Gesetz unmittelbar selbst — natürlich nach Maßgabe der anerkannten Auslegungsregeln — zu interpretieren [69]). Nicht minder war auch für den preußischen Ver-

[68]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 545 f.
[69]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 493 f.

Digitized by Google

waltungspraktiker der Wille der einschlagenden positiven Rechtsnormen unbedingt maßgebende Richtschnur, da in Preußen schon gegen Ende des 18. Jahrhunderts das Prinzip der „gesetzmäßigen Verwaltung" galt [70]). Einem Richter, wie einem Verwaltungspraktiker, dem es damals beigefallen wäre, sein eigenes Rechtsbedünken an die Stelle des formulierten Gesetzeswillens zu setzen, wäre es sicher persönlich herzlich schlecht gegangen. Das preußische Strafrecht bedrohte damals im Anschluß an die staatsrechtliche Bestimmung, daß ein Zivilbeamter das ihm anvertraute Amt nach den „darüber ergangenen besonderen Gesetzen und Amtsinstruktionen" zu versehen habe (II 10 § 85), allgemein jeden Beamten bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen die „Vorschriften seines Amts" mit Kassation und dazu eventuell mit verhältnismäßiger Geld-, Gefängnis- oder Festungsstrafe bezw. Unfähigkeitserklärung zu allen ferneren öffentlichen Ämtern, bei Amtspflichtverletzung aus grober Fahrlässigkeit oder Unwissenheit aber mit verhältnismäßiger Geldstrafe, Degradation oder Kassation [71]). Also schwerstes Kriminalverbrechen wäre gegen Ausgang des 18. Jahrhunderts jeder Versuch eines Praktikers gewesen, eine vom Gesetzeswillen sich loslösende, unabhängige Stellung einzunehmen. Im Grunde denkt aber auch die Rechtsordnung der Neuzeit sowohl in Preußen wie allgemein in Deutschland nicht daran, dem Praktiker eine vom Willen der objektiven Rechtsnorm sich loslösende selbständige Autorität zuzubilligen. Den Verwaltungspraktiker bindet heutzutage erst recht das „Prinzip der gesetzmäßigen Verwaltung", dem Richter ist aber auch — Gott sei Dank! — noch immer die Autorität des Gesetzes übergeordnet. Wenn auch — das sei offen anerkannt — die positiven Strafsanktionen des gegenwärtigen Reichsstrafgesetzbuchs nicht immer ausreichen, einen Beamten, der es unternimmt, sein eigenes Rechtsbedünken an die Stelle des Gesetzeswillens zu setzen, in angemessener Weise dafür zu fassen — so besteht auf der

[70]) A. a. O. S. 546 f. Die Herrschaft des „Prinzips der gesetzmäßigen Verwaltung" in dem Preußen seiner Zeit verteidigt auch E. F. Klein in dem Aufsatz: „Ist es gut, daß die Justiz sich in alles mischt?" (Annalen Bd. 2, 1794, S. 15 f.), in welchem er die These voranstellt: „Daß (die innere Staatsverwaltung) den Grundsätzen der Gerechtigkeit gemäß geführt werden müsse, hat meines Wissens noch kein vernünftiger Mann bezweifelt." Die Skepsis von O. Mayer, Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bd. 1 S. 48 liebt es, an derartigen Quellenzeugnissen des preußischen Rechtes vorbeizusehen.

[71]) Gerichtssaal Bd. 75 S. 73 f.

Digitized by Google

anderen Seite doch dafür das Aushilfsmittel der staatlichen Disziplinarstrafgewalt, das richtig und gesetzmäßig angewandt, auch heutzutage geeignet ist, ein selbständiges, sich vom maßgebenden Gesetzeswillen loslösendes und darum gesetzwidriges Verhalten der „Praxis" von Grund auf zu unterbinden.

Die von Niedner so gefeierte bessere Erkenntnis der „modernen Jurisprudenz", daß für die Frage, was „wirkliches Recht" sei, den vom Gesetze sich bewußt loslösenden Erscheinungen der Praxis ein ausschlaggebendes Gewicht zukomme, ist in Wirklichkeit ein Holzweg und läuft darauf hinaus, strafwürdige Ungesetzlichkeiten mit dem Scheine des wirklichen Rechtes zu bekleiden. Gerettet wird die Sache Niedners auch nicht durch seine Zitate aus Jung und Spiegel. Ob das Wort Jungs (Das Problem des natürlichen Rechtes, 1912, S. 221): „Die dogmatische Arbeit oder die Aufgabe der Erkenntnis des lebenden Rechtes ist aber freilich nicht schon gelöst mit der dialektischen Bewältigung der Sätze des geschriebenen Rechtes, welche immer nur einen Teil von dem in einer Gemeinschaft lebenden und in Entwicklung begriffenen „ethischen Minimum" enthalten", wirklich besagen soll, daß der Praxis eine selbständige Autorität gegenüber dem formulierten Gesetzeswillen zukomme, erscheint doch zweifelhaft. Vielmehr ist damit wohl nur gemeint, daß als Bestandteil der objektiven Rechtsordnung einer bestimmten Epoche auch ungeschriebene Rechtssätze in Betracht kommen, welche wegen Fehlens entsprechender ausdrücklicher Dispositionen des Gesetzgebers oder des Gesetzes von der Praxis nach Maßgabe anerkannter Rechtsgrundsätze — also immerhin nicht losgelöst vom Gehorsam gegen das „Gesetz" — entwickelt werden dürfen und sollen. Die Äußerung Spiegels aber (S. 197, nicht, wie Niedner zitiert, S. 97): „Aus den Worten des Gesetzes läßt sich nur selten ein Bild von dem wirklichen Rechte gewinnen, man muß vielmehr erst beobachten, was das Leben aus ihm macht", will m. E. ebenfalls für die „Praxis" keine grundsätzlich selbständige Autorität gegenüber dem positiven Gesetzeswillen vindizieren. In ihr ist nur auf die allerdings unleugbare Tatsache hingewiesen, daß — aus den verschiedensten Gründen — eine Divergenz zwischen dem, was das Gesetz streng objektiv nach seinem wissenschaftlich zu ermittelnden Sinne will, und dem, was „das Leben" (die Praxis) für Recht hält, vorkommen kann. Die Redewendung „wirkliches" oder „geltendes" Recht wird von Spiegel

Digitized by Google

an der betreffenden Stelle in einem besonderen untechnischen Sinne gebraucht, nicht in der Bedeutung, wie an sich begrifflich-richtig die Frage nach dem „wirklichen" oder „geltenden Rechte gestellt werden muß.

Begrifflich-richtig kann als „wirkliches" oder „geltendes" Recht nur angesehen werden, was aus einer für die Gesetzesuntertanen nach Maßgabe der betreffenden Rechtsordnung wirklich mit Gehorsamsanspruch ausgestatteten Rechtsquelle fließt und sich der äußeren Erscheinung nach als Wille gültig zustandegekommenen Gesetzesrechts oder Gewohnheitsrechts präsentiert. Die Praxis der Organe der richterlichen oder der vollziehenden Gewalt muß sich selbst speziell zu unbeanstandbarem Gewohnheitsrecht ausgebildet haben, wenn sie sich den Charakter von „wirklichem" oder „geltendem" Rechte vindizieren will — abgesehen hier von Rechtsverordnungen, die Verwaltungsorgane etwa auf Grund besonderer gesetzlicher Delegation in nach Form und Inhalt zweifelsfreier Weise erlassen haben. Die einzelne, gesetzte oder ungesetzte Rechtsnorm nun stellt für das von ihr erfaßte Willensgebiet der Untertanen eine originäre Ordnung nach dem Gesichtspunkte der Einheit auf, der dann das darauf folgende konkrete Handeln der Untertanen sich unbedingt anzubequemen hat, falls es nicht in die Kategorie der Gesetzeswidrigkeit oder des Unrechts fallen will. Was von dem Wesen der einzelnen Rechtsnorm gilt, gilt auch von der ganzen objektiven Rechtsordnung, welche die einzelnen Rechtsnormen gleichsam als fortlaufende Glieder einer einheitlichen ununterbrochenen Kette umfaßt [72]). Auch die ganze objektive Rechtsordnung ist an sich eine mit unbedingtem Verbindlichkeitsanspruch ausgestattete, vom Gesichtspunkte der Einheit beherrschte, lückenlose, originäre Ordnung für die ganze konkrete Willenswelt der Gesetzesuntertanen. Daß die hiermit vertretene Theorie von der Einheitlichkeit und Geschlossenheit der Rechtsordnung gerade dem modernen deutschen Rechte entspricht, zeigt genugsam allein schon der § 1 des Reichs-Gerichtsverfassungsgesetzes: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, *nur dem Gesetz* unterworfene Gerichte ausgeübt." Es wäre logisch unmöglich, die eine Haupterscheinungsart der Rechtsnormen im Singular zur Bezeichnung der ganzen Rechtsnormenwelt, der Rechtsordnung, zu verwenden, wenn das Wesen der

[72]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 524 f., Hubrich, Preußisches Staatsrecht S. 48, 116 f., 146 f.

Digitized by Google

letzteren nicht mit dem aller ihrer einzelnen Bestandteile im Einklange stände. Indessen auch schon die preußische Gesetzgebung zu Ausgang des 18. Jahrhunderts bekannte sich zu dem Prinzipe der Lückenlosigkeit der objektiven Rechtsordnung[73]). Nun sind sicher, wie schon im 18. Jahrhunderte, so auch in der neueren Zeit, Fälle vorgekommen, wo die an sich an den Willen der objektiven Rechtsordnung gebundene Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden eigenmächtig ein abweichendes Verfahren eingeschlagen hat. Die Ursachen solcher „Schritte vom Wege" werden die verschiedenartigsten gewesen sein: ein falsch verstandenes Gerechtigkeitsgefühl, dem die einschlagenden positiven Rechtsnormen nicht das den tatsächlichen Lebensverhältnissen sachlich Entsprechende anzuordnen schienen, und das sich nun mit gewagtesten Interpretationskünsten zu helfen suchte; aber auch aus Unüberlegtheit und Unkenntnis geborene Mißverständnisse der Rechtsnormen, die sich in einem gedankenlosen Schlendrian der „Praxis" weiter vererbten. Die tatsächliche Möglichkeit solcher „Schritte vom Wege" war aber dann dadurch erschlossen, daß die an sich nach der objektiven Rechtsordnung zur Reaktion berufenen Staatsorgane, sei es aus welchen Gründen auch immer, von den zulässigen Reaktionsmitteln keinen Gebrauch machten[74]). Aber niemals besaß auch unter solchen Umständen die tatsächlich gehandhabte Eigenmächtigkeit der Praxis den Wert von „wirklichem" oder „geltendem" Rechte, solange sie nicht nachträglich ihre rechtliche Heiligung durch positive Anerkennung des zuständigen Gesetzgebers[75]) oder durch Übergang in echtes Gewohnheitsrecht erlangt hatte. Sie blieb bis zu diesem Moment an sich strafwürdiges Unrecht.

Die mit der Frage nach dem „wirklichen" oder „geltenden" Rechte einer bestimmten Epoche sich beschäftigende Rechtswissenschaft wird freilich gut tun, außer der Entwicklung des Willensinhalts der einschlagenden Rechtsnormen das Verfahren der Praxis in Be-

---

[73]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 526.

[74]) Über Fälle, wo nicht dem „geltenden" Rechte entsprechende Eigenmächtigkeiten der „Praxis" der erforderlichen Korrektur teilhaftig wurden, s. z. B. die Ministerialreskripte vom 22. Februar und 20. März 1834, v. Kamptz, Annalen Bd. 18 S. 134—136.

[75]) So ist in Preußen z. B. der anfänglich aus einem Mißverständnisse des Landrechts hergeleitete Satz von der Unzulässigkeit administrativer Amtsentlassung eines Richters erst anfangs der zwanziger Jahre des 19. Jahrhunderts durch Ausspruch des Gesetzgebers legalisiert worden. Gerichtssaal Bd. 75 S. 68—71.

Digitized by Google

tracht zu ziehen. Aber niemals darf sie die letztere unterschiedslos als „wirkliches" oder „geltendes" Recht ansprechen, sie hat vielmehr, wenn sie „Rechtswissenschaft" bleiben will, gerade die gesetzwidrigen Eigenmächtigkeiten der Praxis als solche scharf dem „wirklichen" oder „geltenden" Rechte gegenüberzustellen. Es hängt aber weiter entschieden auch von Raum und Gelegenheit ab, wenn und in welchem Maße die Rechtswissenschaft außer der Darstellung des wissenschaftlich zu ermittelnden „wirklichen" oder „geltenden" Rechtes einer Epoche noch der gesetzwidrigen Eigenmächtigkeiten der Praxis gedenken soll. Denn letztere haben gegenüber der Darstellung des wissenschaftlich zu ermittelnden „wirklichen" oder „geltenden" Rechtes der Epoche zunächst nur den Wert von — eventuell entbehrlichen — curiosa oder amoenitates jurisprudentiae.

Ziehen wir aus den Ergebnissen der vorstehenden Ausführungen nunmehr die Nutzanwendung mit Bezug auf das landrechtliche Kirchenrecht. Es wird hierbei naturgemäß ebenfalls die Aufgabe der Rechtswissenschaft sein, die Frage nach dem in kirchenrechtlicher Hinsicht zu Ausgang des 18. Jahrhunderts in Preußen „geltenden", „wirklichen" Rechte in der Weise zu beantworten, daß an der Hand von Wortlaut und Systematik des Gesetzes sowie unter Mitberücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Willensinhalt der einschlagenden gesetzlichen Dispositionen ermittelt und in seiner ganzen Tragweite aufgedeckt wird. Daß solcher Anforderung meine kirchenrechtliche Studie genügt, nehme ich trotz Niedner nach wie vor an und weise demgemäß seine Behauptung, die springenden Punkte, die Entstehungsgeschichte der einzelnen Abschnitte in II 11 und die Geltungsabsicht dieser Kodifikation übersehen zu haben, als vollkommen grundlos zurück[76]). Im Gegenteil habe ich viel sorgfältiger als Niedner an entscheidenden Stellen das Werden der Gedanken des Gesetzgebers Schritt für Schritt verfolgt und damit

[76]) Wie scharf in der Praxis von maßgebender Seite alsbald nach Einführung des Landrechts auf die Beobachtung von II 11 gehalten wurde, lehrt gut der bei Rabe Bd. 3 S. 649—662 berichtete Rechtsfall. Daß manche Normen von II 11 anfangs freilich nur die Geltung „potentia", nicht „actu" besaßen, ist schon von mir im Verwaltungsarchive Bd. 21 S. 237 f. mit aller Schärfe betont worden. Im übrigen intendierte meine kirchenrechtliche Studie im Verwaltungsarchive Bd. 20 und 21 nur, die Hauptgrundzüge der Entwicklung festzulegen, und durfte sich, entsprechend dem von Niedner anscheinend vergessenen Gesetze der Arbeitsteilung, — schon wegen des Erscheinungsorts — mit Fug und Recht darauf beschränken.

Digitized by Google

insbesondere das Ergebnis erzielt, daß in der Hauptsache von einer Divergenz zwischen der Theorie des Gesetzes und der lebendigen Praxis für die in Rede stehende Zeit des Endes des 18. Jahrhunderts in Wahrheit nicht mehr die Rede sein kann[77]). Daß meine Sachdarstellung allein zutrifft, bestätigt insbesondere auch der Umstand, daß der durch mich richtig ermittelte Sinn der gesetzgeberischen Dispositionen im Allgemeinen Landrechte vollkommen übereinstimmt sowohl mit der theoretischen Schilderung von Svarez, wie mit dem preisgekrönten Werke von Eggers, wie endlich auch mit der bereits zu Anfang des 19. Jahrhunderts erfolgenden Darstellung Wieses. Es ist jedenfalls ein starkes Stück, wenn Niedner versucht, Svarez als einen schlechthin weltfremden kirchenrechtlichen Theoretiker beiseite zu schieben[78]), anstatt in erster

[77]) Ganz haltlos ist das mir von Niedner zum Beweise des „herrschenden" Territorialismus entgegengehaltene Moment der Verwaltung kirchenregimentlicher Funktionen durch grundsätzlich weltliche Behörden auch für die Zeit nach Erlaß des Landrechts. Ich habe im Verwaltungsarchive Bd. 20 S. 556 f. genau nachgewiesen, daß der landrechtliche Gesetzgeber nur im Prinzipe die Konsistorien zur Ausübung kirchenregimentlicher Funktionen berief und es damit von vornherein freiließ, mit dieser Aufgabe eventuell auch weltliche Behörden durch besondere ausdrückliche Anordnung zu betrauen. In welchem Umfange letzteres tatsächlich geschah, hatte selbstverständlich weiter die mit der Ausführung der Gesetze beschäftigte obere Verwaltung zu bestimmen, und zwingende praktische Gründe konnten dabei sogar zu einer recht starken Abweichung von dem Prinzipe des § 143 II 11 führen. Jedenfalls blieb auch bei einer derartigen Übertragung kirchlicher Geschäfte in der Praxis die Unterscheidung von Kirchen- und Staatssachen nicht ohne entsprechenden Ausdruck. So erließ das geistliche Departement unterm 24. Juni 1799 ein Reskript „an den zweiten Senat der Kammer zu Ansbach als Konsistorium", worin es hieß: „Da Euch, als geistlicher Behörde da, wo die Straf- und Zwangsgesetze aufhören, auch keine Gewalt weiter zu Gebote steht, um die Menschen zur Tugend zu zwingen usw." (Rabe Bd. 5 S. 477). Niedner übersieht durchaus, daß es für das Problem: Trennung von Staat und Kirche verschiedene Grade der Entwicklung gibt. Es ist insbesondere schon ein Hauptschritt in der Entwicklung, wenn die Gesetzgebung eines Landes zunächst materiell Staats- und Kirchensachen scheidet, und daß solches im Landrechte geschehen, ist sicher für die juristische Betrachtung ein wertvolles Ergebnis. Erst eine weiter geschrittene Entwicklung bringt dann zu den materiell geschiedenen Staats- und Kirchensachen die vollständig gesonderten Verwaltungsorgane. (So das 19. Jahrhundert, Verwaltungsarchiv Bd. 21 S. 238.) Aber auch für das erste Entwicklungsstadium bleibt immer das Wort von einer Scheidung von Staat und Kirche wahr!

[78]) Wenngleich dies auch schon von anderer Seite, aber aus Gesetzesmißverständnis geschehen!

Digitized by Google

Stelle gegen sich selbst und seine Hypothesen Mißtrauen zu hegen. Freilich wird Riedner, wenn er zur Erkenntnis der wahren Tragweite des landrechtlichen Kirchenrechts gelangen will, vor allem sich bemühen müssen, schärfer den juristischen Gedankeninhalt der gesetzlichen Dispositionen [79]) und etwaiger Erlasse der Praxis [80]) zu erfassen und ebenso sorgfältiger die von ihm selbst herangezogene Literatur zu benutzen. Von einer mit dem erklärten Willen des preußischen Gesetzgebers „im Kampfe" sich befindenden und demgemäß für die Frage des „wirklichen", „geltenden" Rechtes irgendwie beachtlichen „Praxis" kann vollends für das Preußen zu Ende des 18. Jahrhunderts keine Rede sein. Wie hätte eine solche Praxis überhaupt damals bei den vorhandenen Repressionsmitteln aufkommen können [81]), wo das über seine Autorität eifersüchtig wachende Hohenzollernkönigtum beispielsweise durch den Mund König Friedrich Wilhelms II. in einem Schreiben an den Großkanzler Carmer erklärte: „Ich höre mit dem größten Mißfallen, daß das Kammergericht, anstatt nach dem Religionsedict zu erkennen, allerlei unnütze Fragen an das Consistorium gelangen lassen. ... Ich frage Euch nun ganz kurz: Ob meine Edicte ein Gesetz für den Richter sein müssen oder nicht. ... Daß die Justizbedienten seit kurzem einen Ton annehmen, der mir gar nicht gefällt, denn es ist beinahe, als ob sie eine Art von Parlament vorstellen wollten, welches ihnen nie gestatten, sondern sie bei aller Gelegenheit derbe auf die Finger klopfen werde, wofern sie sich nicht solches bald abgewöhnen" [82]). Übrigens selbst wenn es in einem Punkte zu einer von den gesetzlichen Dispositionen des Landrechts wirklich abweichenden Praxis gekommen wäre, so wäre schon die Zeit von 1794 bis zum Abschlusse des 18. Jahrhunderts sicher zu kurz gewesen, um ein beachtliches, den gesetzgeberischen Dispositionen derogierendes Gewohnheitsrecht darin finden zu können.

[79]) Vgl. z. B. den von mir gegen Riedner (Ausgaben des preußischen Staates, 1904, S. 114) erbrachten Beweis, daß II 11 „Staat" nur im Sinne eines weltlichen, der Kirche entgegengesetzten Gemeinwesens meint. Verwaltungsarchiv Bd. 21 S. 30—41.

[80]) S. z. B. die Mißverständnisse Riedners hinsichtlich des Woellnerschen Religionsedikts (S. 118 f.) und der Erlasse vom 12. Januar 1798 und 18. Juli 1802 (S. 119 f.). Dagegen Verwaltungsarchiv Bd. 20 S. 350 f.

[81]) S. z. B. auch Rabe Bd. 2 S. 18, 433.

[82]) Verwaltungsarchiv Bd. 16 S. 555.

Digitized by Google

XIV.

Die Vorschriften des Allgemeinen Landrechts zur Verhütung von Verunstaltungen beim Bauen.*)

Von Herrn Baurat Redlich, Berlin-Lankwitz,
Vorstand des Kgl. Polizeibauamts II zu Neukölln, Privatdozent an der Kgl. Technischen Hochschule zu Berlin.

Für das Geltungsgebiet des Allgemeinen Landrechts in Preußen ist in § 65 I 8 jeder Eigentümer in der Regel zwar[1]) seinen Grund und Boden mit Gebäuden zu besetzen oder seine[2]) Gebäude zu verändern für wohl befugt erachtet worden, in der anschließenden Vorschrift von § 66 ist aber Vorsorge getroffen, daß zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden soll. Demgemäß ist weiter in § 67 bestimmt, daß, wer also einen neuen Bau in Städten anlegen will, davon zuvor der Obrigkeit zur Beurteilung Anzeige machen muß.

Die Bestimmung in § 65 ist immer von der größten Bedeutung gewesen, und sie ist es auch heute noch, da durch sie den Grundeigentümern das Recht der Baufreiheit ausdrücklich verbürgt wird. Schon bei dem Entwurfe des ganzen Gesetzgebungswerkes mußte es der Staatsgewalt darauf ankommen, die Freiheit der Bürger zu sichern und dies in möglichst großem Umfange zu tun, wenn das

---

*) Vortrag, gehalten im Architektenverein zu Berlin.

[1]) Das Wörtchen „zwar" hat noch in früheren Entwürfen gestanden.

[2]) Auf einen Schreibfehler ist es zurückzuführen, daß in dem endgültigen Wortlaute die Einzahl gebraucht ist.

Digitized by Google

Ziel, damit die Wohlfahrt des Staates und des Einzelnen zu fördern, erreicht werden sollte. Obwohl es besonders hervorzuheben gar nicht nötig gewesen wäre, ist auch in der Vorerinnerung der schon 1784 bewirkten Veröffentlichung des ersten Teiles des ersten Entwurfes ausdrücklich betont worden, daß der Gesetzgeber sich von solchen Absichten durchaus hat leiten lassen. Es ist daher nicht recht denkbar, daß er, indem er in § 65 das Wort „Gebäude" wiederholt gebrauchte, den Eigentümern das Recht der Baufreiheit nur für den Fall hat sichern wollen, daß sie lediglich Gebäude auf ihrem Grundeigentume herstellen oder verändern. Das ist der wichtigste Einwand, den man zu erheben berechtigt ist angesichts der engen Auslegungen, die hinsichtlich der getroffenen Bestimmungen gemacht worden sind. Das Oberverwaltungsgericht hat entgegen seiner früheren Ansicht in der Entscheidung vom 26. Januar 1894 (Bd. 26 S. 353) zum Ausdrucke gebracht, daß der Gesetzgeber im Allgemeinen Landrechte, soweit die Bebauung von Grundstücken in Frage kommt, andere Bauten als Gebäude nicht im Sinne gehabt habe, sowie daß, wenn er später an anderen Stellen als im § 65 das Wort „Bau" gebraucht, er es nur in dem Sinne des Wortes „Gebäude" gemeint habe. Diese Folgerung kann wohl aber nicht den Absichten des Gesetzgebers entsprechend erachtet werden, wenn man auch dem Endurteile vollkommen beipflichten wird, welches in dem dabei zur Entscheidung vorliegenden Falle gefällt wurde. Es ist fraglich, ob es sich wird je feststellen lassen, wie es gekommen ist, daß das Wort „Gebäude" in § 65 gebraucht worden ist. Soviel ist aber nicht nur für einen Bausachverständigen, sondern für jedermann offenbar, daß es dem Gesetzgeber gänzlich ferngelegen haben muß, zum Ausdrucke zu bringen, daß die Baufreiheit nur hinsichtlich der Errichtung und Veränderung von Gebäuden gewährt und gesichert werden sollte. Der Gesetzgeber hat hier wohl nur als Beispiel den häufigsten, naheliegendsten und zugleich wichtigsten Fall für die Baufreiheit feststellen wollen. In der hier vertretenen Ansicht wird man um so mehr bestärkt, als in den hinter § 65 folgenden Vorschriften von §§ 66, 67 und 71 das viel umfassendere und auch hier passendere Wort „Bau" gewählt worden ist. Jedenfalls dürfte es aber wohl mehr den Absichten des Gesetzgebers entsprechen, wenn man überall dort, wo in den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts das öffentliche Baurecht behandelt ist — also der Hauptsache nach in den Vorschriften von §§ 65—82 —, das

Digitized by Google

Wort „Gebäude" durch das Wort „Bau" ersetzen würde, als wenn das Umgekehrte der Fall wäre. In letzterem Falle würde die dann entstehende Einseitigkeit der Gesetzgebung ohne weiteres eine Unvollkommenheit offenbaren, die ein Gesetzgeber unmöglich hätte beabsichtigen können. Für einen Bausachverständigen wäre sie jedenfalls insofern vollständig unbegreiflich, als nicht nur Gebäude, sondern auch Einfriedigungsbauten, Freitreppen, Rampen, Bühnen, Stege, Brücken, Brustwehren, freistehende Schornsteine, Denkmalbauten, Grotten, künstliche Ruinen, Gräben, Gruben, Brunnen und Kellereien sowie deren Veränderungen bei ihrer Ausführung zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens und, soweit solche Anlagen an oder über der Erdoberfläche sichtbar werden, auch zur Verunstaltung beitragen können.

Ebenso selbstverständlich ist es für einen Bausachverständigen, daß das Recht eines Eigentümers, seine Bauten zu verändern, sich auch auf die Befugnis erstrecken soll, sie vollständig zu beseitigen, sie also nicht nur bis zur Erdoberfläche, sondern sogar bis zum Grunde abzubrechen, soweit nicht gegen andere Vorschriften verstoßen wird.

Wenn in § 66 neben der Verunstaltung der Städte auch von der Verunstaltung öffentlicher Plätze die Rede ist, so muß gefolgert werden, daß mit dem Ausdrucke „Plätze" hier die dem öffentlichen Verkehre dienenden Anlagen in anderen Orten als in den Städten gemeint sind, also in Flecken, Dörfern, Märkten, Kolonien, Gütern und dergleichen, bezw. diese selbst.

Weil aber in § 67 nur bestimmt ist, daß, wer also einen neuen Bau in Städten anlegen will, davon zuvor der Obrigkeit zur Beurteilung Anzeige machen muß, hat man gleichfalls in enger Auslegung gefolgert, daß diese Vorschrift nur für Städte gelten soll. Ein solches Vorgehen wäre wiederum von dem Gesetzgeber sehr einseitig, also nicht vorsichtig und weise genug gewesen. Hinsichtlich der Verunstaltungen wäre es in gewissem Sinne zwar verständlich, wenn man in bezug auf einzelne Dinge geringere Anforderungen auf dem platten Lande als in den Städten stellen wollte; deswegen kann man aber doch auch auf dem Lande nicht jede Abwehr gegen Verunstaltungen außer acht lassen. Hinsichtlich des Schadens oder der Unsicherheit des gemeinen Wesens aber wäre in jedem Falle eine Anzeigepflicht notwendig; denn auch auf dem Lande können sehr wohl Gebäude und andere Bauten sowie deren Veränderungen zur

Digitized by Google

Ausführung gelangen, die unter Umständen sogar sehr gefährlich sein oder werden könnten und daher einer vorherigen Beurteilung unterliegen sollten. Man könnte aber schließlich auch annehmen, in § 67 habe der Gesetzgeber die öffentlichen Plätze neben den Städten nicht noch einmal nennen wollen, um sich nicht zu schwerfällig ausdrücken zu müssen, da er sie kurz zuvor in § 66 bereits erwähnt hat. In dieser Annahme wird man sich nach Einsichtnahme der Materialien des Allgemeinen Landrechts bestärkt finden. Es findet sich nämlich diese Wiederholung noch in der in Band 26 derselben enthaltenen Reinschrift, die für den Druck des ersten Gesetzentwurfes bestimmt war. Diese Wiederholung ist an der genannten Stelle aber ausdrücklich ausgestrichen worden. In dem vorangehenden Bande 25 (Bl. 181 ff.) der Materialien findet man gleichfalls die Wiederholung, wenn auch in anderer Form. Es ist nämlich daselbst in der in § 87 Teil II Titel 6 getroffenen Vorschrift, welche der jetzt in § 67 Teil I Titel 8 enthaltenen Bestimmung entspricht, der Ausdruck „an öffentlichen Orten" gebraucht worden, während in der vorangehenden Vorschrift von § 86 II 6, wie in der entsprechenden von § 66 I 8 der Ausdruck „öffentliche Plätze" gewählt worden ist. Die Wiederholung des in Rede stehenden Ausdrucks war aber um deswillen auch nicht nötig, weil im Eingange der Satzung von § 67 I 8, ebenso wie im Anfange der bereits erwähnten Bestimmung von § 87 II 6 des früheren Entwurfes, das Wörtchen „also" steht, welches ohne weiteres eine Bezugnahme auf das Vorhergesagte andeutet. Mancher Leser wird vielleicht unwillkürlich seiner Auffassung entsprechend dem Ausdrucke „zum Beispiel" hinter dem Wörtchen „also" einzufügen geneigt sein. Damit würde es selbstverständlich noch offenbarer werden, als es ohnehin schon ist, daß der Gesetzgeber mit der in § 67 enthaltenen Bestimmung tatsächlich nur eine der vielen Folgerungen wieder als Beispiel hat anführen wollen, die aus den vorangegangenen, in den §§ 65 und 66 enthaltenen Bestimmungen gezogen werden kann. Auch hier ist gleichfalls das häufigste und wichtigste Beispiel hervorgehoben worden.

Es wäre doch als höchst sonderbar und für einen Bausachverständigen als vollkommen unverständlich zu erachten, wenn man in enger Auslegung annehmen sollte, der Gesetzgeber habe nur für neue Bauten eine Anzeigepflicht festgesetzt wissen wollen und nur für sie diese Pflicht aus der vorangehenden Bestimmung in § 66 hergeleitet, wobei noch hinzukäme, daß eine Anzeige sogar nur für solche neue

Digitized by Google

Bauten erforderlich sei, die in Städten errichtet werden sollen. Damit würde ja der Gesetzgeber unter anderem die Annahme eingestehen, daß eine Gefahr bei Bauten auf dem Lande sich nie ereignen könnte, und daß deshalb auch eine Anzeigepflicht für Bauten auf dem Lande nicht erforderlich sei. Infolge enger Auslegung hat man tatsächlich geglaubt, die Befugnis, auch für Bauten auf dem Lande eine Anzeigepflicht festsetzen zu können, aus der in § 10 II 17 ALR. enthaltenen Vorschrift herleiten zu müssen, wonach es Aufgabe der Polizei ist, „die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung und zur Abwendung der dem Publiko oder einzelnen Mitgliedern desselben bevorstehenden Gefahren zu treffen“ [3]). Hält man sich nicht, wie es tatsächlich geschehen ist, ängstlich, oder wenn man will, genau an den Wortlaut in § 67, sondern achtet mehr auf den Zusammenhang der Bestimmungen in §§ 65, 66 und 67 untereinander, zumal die gebrauchten Bindewörter (in der Regel — doch — also) dazu hinleiten, so hätte man die Befugnis, die Anzeigepflicht auch für Bauten auf dem Lande festsetzen zu können, mit viel größerem Vorteil aus der in § 66 enthaltenen Vorschrift herleiten können und sogar sollen, denn in diesem Falle war die Möglichkeit gegeben, nicht nur für solche Bauten eine Anzeigepflicht herzuleiten, welche die Sicherheit gefährden, sondern auch für diejenigen, welche eine Verunstaltung herbeizuführen geeignet sind.

Tritt man aber der hier vertretenen Ansicht bei, daß es sich in bezug auf den Inhalt von § 67 nur um eine beispielsweise angeführte Folgerung aus § 66 handelt, so muß man es auch für schlüssig erachten, daß der Gesetzgeber die Anzeigepflicht nicht nur für alle Neubauten hat herleiten lassen wollen, sondern auch für alle Veränderungsbauten, und zwar gleichviel, ob diese und jene in Städten oder in Flecken, Dörfern, Märkten und dergleichen Orten zur Ausführung gelangen sollen. Somit kann aber auch jeder Abbruch anzeigepflichtig gemacht werden, wenn dies nicht schon allerdings nur für Gebäude und auch nur insofern sie an öffentliche Straßen oder Plätze stoßen, in § 36 I 8 ALR. geschehen wäre; denn dort ist bestimmt, daß solche Gebäude nicht ohne obrig-

[3]) Vgl. Baltz, Preuß. Baupolizeirecht, 4. Aufl., S. 109, Anm. 2 zu § 65; in dem Gesetzestexte daselbst ist zu beachten, daß aus früheren Auflagen ein Druckfehler insofern übernommen worden ist, als nicht von einem neuen Bau, sondern nur von einem Bau die Rede ist.

Digitized by Google

keitliche Erlaubnis zerstört oder vernichtet werden dürfen.

Auf die diesseitige Auslegung lege ich um deswillen besonderen Wert, weil Suarez selbst durch einen in Band 25 der Materialien von ihm gemachten und nachher berücksichtigten Verbesserungsvorschlag zu der im früheren Entwurfe vorhandenen und bereits erwähnten Bestimmung in § 87 II 6 ALR., zu der anderen engeren Auslegung mittelbar eine gewisse Veranlassung geboten hat, wenn ihm auch jede solche Absicht gänzlich ferngelegen hat. In jenem Entwurfe lautete § 87 II 6 wie folgt:

> Wer also dergleichen Bau in Städten und an öffentlichen Orten anlegen will, muß solches zuvor der Polizei-Obrigkeit zur Beurteilung anzeigen.

Suarez machte nun hierzu folgende Randbemerkung:

> statt dergleichen ponetur einen neuen. Ein dergl. Bau i. e. ein solcher, der zur Unsicherheit oder Verunstaltung gereicht, darf gar nicht unternommen werden.

Suarez hatte gewiß recht, wenn er behauptete, daß in § 87 nach dem vorangehenden Wortlaute von § 86 „ein dergleichen Bau" einen solchen bedeutet, der zur Unsicherheit oder zur Verunstaltung gereicht; mit seinem Vorschlage hatte er um so mehr Recht, als in den damals vorangehenden Bestimmungen von §§ 85 und 86 Bauveränderungen auffälligerweise gar nicht erwähnt waren. § 85 II 6 lautete nämlich wie folgt:

> In der Regel ist ein jeder Eigentümer seinen Grund und und Boden mit Gebäuden zu besetzen wohl befugt.

§ 86 II 6 lautete:

> Zum Nachteil oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze aber soll kein Bau unternommen werden.

Nachdem in der jetzt gültigen Satzung von § 65 jedem Eigentümer neben der Freiheit, auf seinem Grund und Boden Gebäude zu errichten, auch die Befugnis eingeräumt worden ist, seine Gebäude zu verändern und somit auch sie abzubrechen, und nachdem dann in § 66 bestimmt worden ist, daß kein Bau und keine Veränderung vorgenommen werden darf, welche zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze beitragen könnte, kann unmöglich die in § 67 enthaltene Satzung, als die einzige Folgerung angesehen werden, die daraus zu ziehen ist; sie hat vielmehr nur als ein Beispiel zu gelten, das der Gesetzgeber zur Richtschnur nach dem von ihm verfolgten Ziele hin hat geben wollen. Es bleibt auch

Digitized by Google

sehr zu beachten, daß in der amtlichen Veröffentlichung es in der Randschrift zu §§ 66—82 I 8 „Einschränkungen des Eigentums beim Bauen" heißt, also eine allgemeine Form ausdrücklich gewählt ist, während aus der Randschrift zu §§ 33—65 I 8 ersichtlich ist, daß es sich daselbst nur um Einschränkungen des Eigentums hinsichtlich der Unterhaltung und Wiederherstellung von Gebäuden handelt.

Daß es dem Gesetzgeber überhaupt grundsätzlich darum zu tun war, hier hinsichtlich der Einschränkungen des Eigentums beim Bauen zum Besten des gemeinen Wesens wie hinsichtlich anderer Eigentumsbeschränkungen nur einige Bestimmungen als Beispiele anzuführen, welche nach den Zielen hinleiten sollten, nach welchen sich die Sondergesetzgebung für die verschiedenen einzelnen Gebiete einstellen und richten sollte, geht auch aus einigen Bemerkungen hervor, die Suarez in seiner Nachprüfung der von anderen Mitarbeitern zum Entwurfe gelieferten Gutachten und Anmerkungen (Revisio monitorum) gemacht hat. In Band 4 der nach der Urschrift von Band 80 gefertigten Abschrift heißt es nämlich (vgl. Bl. 1267 ff.) wörtlich:

> Da nun in der Folge ab § 26 usque ad finem tituli lauter gesetzliche Einschränkungen des Eigentums vorkommen, so dürfte es nicht unschicklich sein und zur Vollständigkeit der Theorie gehören, die allgemeinen Gründe dieser Einschränkungen in ein Paar §§ anzugeben. vid. § 26 = 30 der Umarbeitung :/
>
> ad § 26, 27. /§ 31, 32./
>
> 1. Verschiedene Monenten sind der Meinung, daß es besser sein würde, die hier von § 26—74 oder wohl gar bis zum Ende des Titels vorkommenden gesetzlichen Einschränkungen des Eigentums aus dem Allgemeinen Gesetzbuche wegzulassen und solche den Provinzial-Bau-Forst- und Dorf-Ordnungen zu reservieren.
>
> Nr. 14. 16. 19.
>
> Dieser Meinung kann ich aber nicht beitreten. Freilich können und müssen diese Materien in den Spezial-Gesetzen der verschiedenen Provinzen und Örter umständlicher ausgeführt werden. Dies kann aber nicht hindern, daß es nicht gut und nützlich sein sollte, im allgemeinen gesetzliche Bestimmungen darüber festzusetzen, welche in so lange als noch nicht durchgehends dergleichen Spezial-Ordnungen existieren, teils in Fällen, die darin nicht hinlänglich bestimmt sind, zur Cynosur[4]) und bei künftiger Anfertigung solcher Spezial-Gesetze zum Leitfaden dienen kann.

[4]) Das Sternbild des kleinen Bären als Leitgestirn.

Digitized by Google

Es läßt sich also nach den oben angeführten Bemerkungen von Suarez wohl mit großer Sicherheit schließen, daß auch die in § 67 getroffene Bestimmung für alle übrigen aus §§ 65 und 66 herzuleitenden Folgerungen wie diese Vorschriften selbst nur als Beispiel und als Leitgestirn dienen soll, wenn auch zugegeben werden kann, daß man es in der Gesetzgebung vermeiden soll, mit Beispielen zu arbeiten, weil man damit in der Regel einer nichtgewollten Auslegung nicht vorbeugt, wohl aber Zweifel anregt. Daß es sich für den Gesetzgeber hier immer wieder nur um Beispiele, und zwar immer um möglichst wichtige, handelt, geht aber auch aus weiteren Bestimmungen des Gesetzes in dem hier in Rede stehenden Abschnitte hervor.

Es muß ausdrücklich betont werden, daß es für einen Bausachverständigen vollständig unfaßbar wäre, wenn der Gesetzgeber andere Bauten als Neubauten und in anderen Orten als in Städten nicht anzeigepflichtig hätte machen oder hätte gemacht wissen wollen, allerdings aber nur unter der Voraussetzung, daß diese Unternehmen zum Schaden oder zur Unsicherheit des gemeinen Wesens oder zur Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze gereichen würden.

Das Urteil darüber, welche baulichen Unternehmungen gefährlich oder verunstaltend werden können, kann natürlich dem betreffenden Grundeigentümer nicht selbst überlassen bleiben; deshalb ist auch in § 67 vorgeschrieben worden, daß er zur Beurteilung seines Vorhabens Anzeige bei der Obrigkeit erstatten soll. Zur Beurteilung gehört aber die Prüfung des Bauvorhabens und die Bescheidung des Unternehmers. Die Pflicht zur Bescheidung ist nicht ausdrücklich erwähnt, aber sie ist, wie die Pflicht zur Prüfung, in der Pflicht zur Beurteilung selbstverständlich eingeschlossen, da sonst die Beurteilung zwecklos wäre. Der Bescheid muß, um gegen ihn im Beschwerdefalle vorgehen zu können, schriftlich erfolgen und kann entweder nur in einer Versagung des Baues beziehungsweise der Veränderung oder in einer Genehmigung mit oder ohne Beschränkungen bestehen. Selbst bei mündlicher Genehmigung steht jedem Bürger noch das Recht zu, eine schriftliche Bestätigung zu erhalten. Eine sogenannte stillschweigende Genehmigung, von der zuweilen gesprochen wird, kann in einem Rechtsstaat eine unanfechtbare Gültigkeit nicht beanspruchen, weil ihr jede Beweiskraft in der Gegenwart und noch viel mehr für die

Digitized by Google

Zukunft mangelt. Eine solche kann in gewissen Fällen ebenso wie eine mündliche Anzeige nur als nicht vorhanden und nicht erfolgt gelten, zumal auch der Unternehmer unter Umständen nur durch Eid beweisen könnte, daß er überhaupt eine Anzeige erstattet hat.

Für unsere Betrachtung hier ist daran festzuhalten, daß es sich heut empfiehlt, den Kreis der nicht anzeigepflichtigen Bauvorhaben einschließlich der Abbrüche nicht zu groß zu wählen. Das Allgemeine Landrecht sagt zwar nicht, daß alle Vorhaben anzeigepflichtig sind, aber indem unsere davon abgeleiteten Bauordnungen stellenweise den Kreis der anzeigepflichtigen Unternehmungen zu eng gezogen haben, sind hier und da Dinge entstanden, die wir als Verunstaltungen ansprechen müssen und dies jetzt mehr als früher tun, da unsere Veredelungsbestrebungen glücklicherweise in immer weiteren Kreisen als früher Eingang und Unterstützung gefunden haben. Es dürfte genügen, wenn in dieser Hinsicht hier nur auf die Neudeckung von Dächern, sowie auf den neuen Verputz, Bemalung oder sonstige teilweise und gänzliche Be- und Verkleidung der sichtbaren Außenwände von Hochbauten einschließlich des Anbringens von Schildern auf denselben hingewiesen wird.

Die Anzeigepflicht ist letzten Endes nichts anderes als die Pflicht zur Nachsuchung einer Genehmigung. Es würde hier zu weit führen, wenn ich erörtern wollte, ob es angemessen und vorteilhaft ist, daß in einzelnen neueren Bauordnungen für gewisse Bauvorhaben einschließlich der Abbrüche nur eine Anzeigepflicht und für andere die Pflicht zur Nachsuchung einer Genehmigung festgesetzt wird. Wo dies geschieht, wird in der Regel für die erstgenannten Fälle gleichzeitig festgesetzt, daß mit dem Vorhaben begonnen werden darf, wenn nicht binnen einer bestimmten Frist seitens der Obrigkeit Einspruch erhoben wird. Es handelt sich also schließlich nur um eine Arbeitsersparnis bei dieser; dem Sinne nach handelt es sich in beiden Fällen um die Pflicht zur Nachsuchung einer Genehmigung, an der überall und immer festgehalten werden sollte.

Daß unter Obrigkeit für die Prüfung und Genehmigung alle im besonderen Falle in Frage kommenden Behörden zu verstehen sind, wird nicht angezweifelt werden können. Zunächst, insbesondere für die Anzeige und die endgültige Genehmigung wird immer die Polizei zuständig sein, denn unbeschränkt von den Vorschriften anderer inzwischen geschaffener Gesetze, insbesondere von den Bestim-

Digitized by Google

mungen des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. Mai 1850 und des Gesetzes gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907 ist nach dem bereits angeführten Inhalte von § 10 II 17 ALR. die Polizei, hier also im besonderen die Baupolizei, als zuständig zu erachten. Daß diese insbesondere auch hinsichtlich der Verhütung von Verunstaltungen von dem Gesetzgeber als zuständig erachtet worden ist, geht aus der nachfolgenden Vorschrift in § 82 I 8 ALR. hervor. Ob es geraten war, der Polizei die Verhütung von Verunstaltungen zu übertragen, oder ob es geraten gewesen wäre, diese Sorge einer anderen Behörde zu übertragen, oder ob es nicht sogar noch geratener gewesen wäre, eine besondere Behörde einzusetzen, welche nicht nur den Schutz vor Verunstaltungen, sondern sogar die Förderung aller schönheitlichen Bestrebungen auf dem Gebiete des Siedelungswesens in Stadt und Land sich angelegen sein lassen müsse, das zu erörtern, ist jetzt wohl eine überflüssige Aufgabe. Ob aber dieser Zustand auf die Dauer auch aufrechtzuerhalten ist, oder ob angesichts der wiederholten und wichtigen Ausführungen des Oberverwaltungsgerichts, daß der Polizei zur Ausführung ihrer Aufgabe in ihren Beamten gar nicht geeignete Kräfte zur Verfügung ständen, eine Änderung anzustreben ist, muß ich hier dahingestellt sein lassen. Besonders betont muß aber werden, daß schon nach dem Wortlaute des Gesetzes in § 66 es keinem Zweifel unterliegen kann, daß es nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht der Polizei ist, gegen Verunstaltungen einzuschreiten.

Der Gesetzgeber hat in Anbetracht der Bedeutung dieses Umstandes sich veranlaßt gesehen, dies noch besonders zum Ausdrucke zu bringen. Nachdem nämlich in § 68 als Beispiel vorgeschrieben ist, was bei der Prüfung von Abbruchs- und Neubauanzeigen besonders zu beachten ist, und in § 69, wieder als Beispiel, betont ist, daß „vorzüglich" eine besondere obrigkeitliche Erlaubnis für die Errichtung neuer oder die Verlegung alter Feuerstellen „in Städten oder auf dem Lande" notwendig sei, wird in § 71 bestimmt, „daß in allen Fällen, wo sich findet, daß ein ohne vorhergegangene Anzeige unternommener Bau schädlich oder gefährlich für das Publikum sei oder zur groben Verunstaltung einer Straße oder eines Platzes gereiche", derselbe nach der Anweisung der Obrigkeit geändert werden muß. In dieser Vorschrift ist nicht von Straßen und Plätzen einer Stadt die Rede, sondern sie ist ganz

Digitized by Google

allgemein für Städte und das platte Land gültig, wenn auch letzteres nicht besonders erwähnt ist. § 71 enthält aber, und das muß besonders hervorgehoben werden, die einzige Stelle im Allgemeinen Landrecht, in der von einer groben Verunstaltung die Rede ist. Darauf wird später noch näher eingegangen werden.

Im Anschluß an die Vorschrift in § 71 wird in § 72 festgesetzt, daß, wenn die Änderung nicht stattfindet, das „Gebäude" wieder abgetragen und alles auf Kosten des Bauenden in den vorigen Stand gesetzt werden muß, allerdings erst, wenn, wie das Oberverwaltungsgericht wiederholt entschieden hat, die Umänderung nach Maßgabe der bestehenden gesetzlichen Bestimmungen nicht zu erreichen gewesen ist oder sich als unmöglich erweist[5]). Es ist nach den bisherigen Erörterungen zur Genüge klar, daß auch in § 72 wieder nur der wichtigste Fall als Beispiel angeführt ist, und kann ein näheres Eingehen auf den Inhalt der Satzung wohl unterbleiben. Die weiterfolgenden Vorschriften von §§ 73—81 lassen sich ohne weiteres als besondere wichtige Beispiele für Einschränkungen des Eigentums beim Bauen zum Besten des gemeinen Wesens erkennen und braucht auf sie mit Ausnahme der Vorschrift von § 78 hier nicht eingegangen zu werden, da sie auf Verunstaltungen nicht Bezug nehmen.

In § 78 aber wird noch bestimmt, daß die Straßen und öffentlichen Plätze nicht „verengt, verunreinigt oder sonst verunstaltet" werden dürfen. Es ist also hier die Vermeidung und die Verhütung einer Verunstaltung noch einmal den Bauenden und der Obrigkeit zur Pflicht gemacht. In der weiterhin folgenden Satzung von § 82 wird dann schließlich besonders zum Ausdrucke gebracht, daß nähere Bestimmungen über die in §§ 78—81 berührten Gegenstände, also auch über die zu treffen, welche sich auf die Verhütung von Verunstaltungen beziehen, den Polizeigesetzen eines jeden Ortes vorbehalten bleiben. Hieraus geht deutlich hervor, daß auch für die Verhütung von Verunstaltungen keine andere Behörde als die Polizei, und zwar nicht die Landes-, sondern die Ortspolizei, zuständig ist, und daß sie auch diesbezügliche besondere Vorschriften zu erlassen hat.

Weitere Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts kommen hinsichtlich der Verunstaltungen beim Bauen nicht in Frage. Es ist

[5]) Vgl. Balz, Preuß. Baupolizeirecht, 4. Aufl., S. 110 Anm. 9.

Digitized by Google

aber ersichtlich, daß der Gesetzgeber wiederholt Veranlassung genommen hat, Handhaben zu bieten, um gegen vorhandene und entstehende Verunstaltungen kraftvoll vorzugehen. Was hätte er noch mehr tun können? In dem bereits erwähnten Gesetze gegen die Verunstaltung von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden vom 15. Juli 1907 sind bessere Handhaben hinsichtlich der Verunstaltungen durch bauliche Anlagen für den Geltungsbereich des Allgemeinen Landrechts, wie sich bereits herausgestellt hat, nicht geboten worden. So weit die Tatbestände des alten Gesetzes sich nicht mit denjenigen des neuen decken, sind noch immer die Vorschriften des Landrechts in Geltung und im gegebenen Falle heranzuziehen. Es ist nicht die Schuld des Gesetzgebers, wenn die Handhaben des Landrechts, namentlich diejenige, welche er in § 82 in Bezugnahme auf die in § 78 gegebene Vorschrift geboten hat, nicht genügend und, man darf es wohl aussprechen, nicht gehörig genutzt worden ist. Der Gesetzgeber hatte in sehr wohlüberlegter, landesväterlicher Fürsorge und Voraussicht erkannt, daß es für das ganze Staatsgebiet im allgemeinen genügt, Verunstaltungen grundsätzlich zu verbieten, daß aber für ganz bestimmte Orte oder für bestimmte Stellen eines Ortes mit einer allgemeinen Vorschrift nicht auszukommen sei, dafür vielmehr sich im Einzelfalle, um einer sonst leicht entstehenden Verunstaltung vorbeugen zu können, das Bedürfnis oder gar die Notwendigkeit herausstellen dürfte, rechtzeitig der Örtlichkeit und deren Umgebung angepaßte besondere Vorschriften zu erlassen, so daß die in Frage kommenden Grundbesitzer schon von vornherein im klaren darüber sein können, welche näheren Beschränkungen sie sich zu unterziehen haben, wenn sie Neubauten oder Bauveränderungen einschließlich der Abbrüche vornehmen wollen.

Ist es nun aber im allgemeinen schon immer schwierig, eine gesetzliche Vorschrift so zu gestalten, daß sie als einwandsfrei bezeichnet werden kann, so dürfte es innerhalb des gesetzlich gegebenen Rahmens nähere Bestimmungen zur Verhütung von Verunstaltungen auf Grund der in § 82 I 8 ALR. enthaltenen Satzung zu treffen, und sollte dies auch nur für den verhältnismäßig kleinen Bezirk eines Ortes oder für eine Straße, für einen Platz oder für einen anderen offenen und öffentlichen Verkehrsraum desselben geschehen, selbst solchen Männern nicht leicht werden, die auf dem in Rede stehenden Gebiete sich eines guten Rufes und großen An-

Digitized by Google

sehens erfreuen. Ist es da zu verwundern, daß man sich bis vor verhältnismäßig ganz kurzer Zeit im Geltungsbereiche des Allgemeinen Landrechts fast vergebens bemüht haben würde, wenn man in den Bauordnungen, soweit sie Ortspolizeiverordnungen sind, Bestimmungen finden wollte, welche der Verhütung von Verunstaltungen zu dienen geeignet oder gar bestimmt*) gewesen wären?

Aber die Besorgnis, die Freiheit und im vorliegenden Falle die Baufreiheit des Einzelnen zum Vorteile der Allgemeinheit zu beschränken, muß wohl zu groß gewesen sein, als daß man in einer Weise vorgegangen wäre, die früher und besonders zu den Zeiten der sogenannten landesfürstlichen Bauweise gang und gäbe war und so schöne Erfolge gezeitigt hatte. Es wurde wohl als eine das Volk unnötigerweise belästigende Bevormundung erachtet, wenn man noch durch besondere Polizeiverordnungen die Bauherren zur Vermeidung von Verunstaltungen veranlassen oder gar zwingen wollte. Man vertraute gewiß allzu sehr, daß jeder Bauherr genug gesunden Sinn besäße, um selbst zu verhüten, daß sein Bau für sich und für die Umgebung verunstaltend werde.

Die in §§ 78 und 82 enthaltenen Satzungen des Landrechts scheinen so vollkommen in Vergessenheit geraten zu sein. Dazu kam, daß in § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 der Schutz gegen Verunstaltungen nicht besonders unter den Gegenständen aufgezählt war, die der ortspolizeilichen Regelung unterliegen. So ist es wohl zu erklären, daß man glaubte, nur gegen bevorstehende Gefahren einschreiten zu dürfen. Die Gefahr, daß unsere Heimat durch die Bauten der einzelnen Unternehmer verschandelt werden könnte oder verschandelt wird, wurde als solche gar nicht oder nicht genügend eingeschätzt. Enthielten die preußischen Bauordnungen aus der ersten Hälfte des vorigen Jahrhunderts und noch lange nachher doch auch fast gar keine Vorschriften gegen die Gefahren, die aus der Zusammenhäufung der Wohnungen und aus dem Mangel an Luft, Licht und Sonne erwachsen mußten. Ist es unter solchen Umständen, die näher zu erörtern hier wohl zu weit führen würde, zu verwundern, wenn man gegen die Gefahren, die aus Verunstaltungen für unser Vaterland für uns und für un-

*) Zur Verhütung einer Verunstaltung des Brandenburger Tores in Berlin ist erst im Jahre 1903 eine besondere Polizeiverordnung erlassen worden, die aber auf § 6 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 11. März 1850 und nicht auch auf landrechtliche Bestimmungen gestützt ist.

Digitized by Google

sere Nachkommen hervorgehen mußten und müssen, im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen keine näheren Vorbeugungsmaßnahmen in den ortspolizeilichen Vorschriften traf? Und dabei hatte die Ortspolizei vollkommen freie Hand für ein solches Vorgehen. Für die Prüfung und Genehmigung von Bauvorhaben war sie allein zuständig und konnte vollkommen selbständig verfahren, während das neue Gesetz in dieser Hinsicht manche Änderungen mit sich gebracht hat.

Es mußte aber schon sehr arg sein, wenn man unter Berufung auf die in §§ 66 ff. ALR. gegebene gesetzliche Verpflichtung, gegen eine Verunstaltung vorzugehen, sich in den Sinn kommen ließ, zumal der oberste zuständige Gerichtshof, sich lediglich auf die in § 71 enthaltenen Bestimmungen stützend, immer wieder entschied, daß nur gegen „grobe" Verunstaltungen eingeschritten werden dürfe, und daß die Verunstaltungen an den betreffenden Stellen „jedes offene Auge" verletzen müßten, um ein Vorgehen zu rechtfertigen.

War es schon betrübend, daß nur bei groben Verunstaltungen eingeschritten werden sollte, so war es um so mehr bedauerlich, daß jedermann mit seinem Empfinden als entscheidend angesehen wurde, anstatt daß man sich lediglich auf das Empfinden und das Verständnis der auf dem Gebiete schönheitlicher Gestaltung allgemein oder zum überwiegenden Teile als maßgeblich anerkannten Männer, die ja nicht durchweg Künstler, insbesondere Baukünstler, zu sein brauchten, stützte. Unser Empfinden auf schönheitlichen Gebieten wird ja immer verschieden sein, aber es gibt doch in jedem gesellschaftlichen und vornehmlich in solchem Kreise, in welchem der Beruf besonderes Verständnis sowie guten Geschmack erfordert, genug Leute, deren Meinung von großem und maßgeblichem Gewicht ist. Das gereifte Urteil solcher Männer wäre doch in strittigen Fällen stets als ausschlaggebend heranzuziehen, wenn unsere der Wohlfahrt des Einzelnen und des ganzen Staates gewidmeten Veredelungsbestrebungen auf möglichst vielen Gebieten Erfolge und insbesondere auch Vorteile bringen sollen. Seit mehreren Jahren hat das Oberverwaltungsgericht auch nur noch entschieden, daß der betreffende Zustand an der in Frage kommenden Stelle „jedes für ästhetische Gestaltung offene Auge" verletzen muß, wenn gegen ihn eingeschritten werden soll.

So erfreulich dieser Wandel an und für sich ist, so sehr muß man es aber bedauern, daß er ohne Bedeutung bleibt, weil das

Digitized by Google

Oberverwaltungsgericht daran festhält, daß die Verunstaltung in jedem Falle eine grobe sein müsse, nicht nur bei den im § 71 genannten Umständen, sondern auch in den durch die übrigen Vorschriften behandelten Fällen. Dies muß sich jeder Sachverständige immer gegenwärtig halten, wenn er, sei es durch die Polizei oder sei es durch die Gerichte, zu einem Gutachten herangezogen wird. Das Oberverwaltungsgericht beruft sich seit der die Umgebung des Denkmals auf dem Kreuzberge in Berlin betreffenden Entscheidung vom 14. Juni 1882 (Bd. 9 S. 353) immer wieder darauf, daß in einem früheren Entwurfe des Allgemeinen Landrechts der Wortlaut der dem § 71 entsprechenden Satzung anders gelautet habe, aber absichtlich geändert worden sei. Die betreffende Satzung lautete nämlich früher wie folgt:

> Wird das Gebäude unschicklich, schädlich oder gefährlich befunden, so muß solches vorschriftsmäßig geändert werden.

Hierzu bemerkte in der bereits oben erwähnten Revisio monitorum Suarez, daß das Wort „unschicklich" zu schwankend sei, und daß wohl gemeint sei, daß daraus eine grobe Verunstaltung entstehe. Demzufolge ist in den § 71 nur der Fall aufgenommen, daß ein Bau „zur groben Verunstaltung" einer Straße oder eines Platzes gereicht. Es wird gewiß jedermann beipflichten müssen, daß das Wort „unschicklich" zu schwankend war. Es bedeutet aber doch bei weitem nicht das, was man unter dem Worte „verunstaltend" zu verstehen hat. Und man darf wohl annehmen, daß es Suarez wahrscheinlich bei seinem Vorschlage dem Worte „unschicklich" gegenüber mehr darum zu tun war, das Wort „Verunstaltung" als das Wort „grob" zu betonen; denn es ist doch auch zu auffällig, daß es die Verschiedenheit des Ausdrucks nicht behoben hat, die insofern bestehen blieb, als in der Vorschrift von § 71 von einer „groben Verunstaltung" die Rede ist, während in den Satzungen von §§ 66 und 78 lediglich die Worte „Verunstaltung" und „verunstaltet" gebraucht sind.

Das Oberverwaltungsgericht ist sich dieser Verschiedenheit immer bewußt gewesen. Es hat aber entschieden, daß auch in dem im § 66 behandelten Falle eine grobe Verunstaltung vorliegen müsse, weil man „andernfalls zu dem unannehmbaren Ergebnisse gelange, es habe der ohne vorhergegangene Anzeige Bauende (§ 71) günstiger gestellt werden sollen, als der zuvor die obrigkeitliche Erlaubnis Nachsuchende (§§ 66, 67) — in Beziehung nämlich auf

Digitized by Google

nicht-grobe Verunstaltungen“ [7]). Dieser Auslegung kann man aber als Bausachverständiger ohne weiteres nicht beipflichten. Man kann nämlich auch annehmen, der Gesetzgeber sei von der Absicht ausgegangen, daß schon bei der Prüfung der Bauanzeigen die Verhütung von Verunstaltungen durchweg ins Auge zu fassen sei. Man darf ferner vermuten, er habe um so mehr dies Ziel im Auge gehabt, weil er von der Voraussetzung ausging, daß man bei der Prüfung von Entwürfen, sofern deren Vollständigkeit nur gefordert wird, jeder, nicht nur einer groben Verunstaltung stets vorbeugen könnte, und zwar zu einer Zeit, in welcher eine Verhütung derselben am ehesten und leichtesten erreicht werden kann. Dementsprechend ist der Inhalt von §§ 66 und 67 gestaltet worden. Ist aber eine Verunstaltung ohne vorangegangene Prüfung und Genehmigung des zugehörigen Entwurfes bewirkt worden, dann wollte der Gesetzgeber in Rücksicht auf die notwendige Härte, nämlich neben der Bestrafung die vollständige Beseitigung der Verunstaltung, nur dann mit machtvoller Entschiedenheit vorgegangen wissen, wenn die Verunstaltung eine grobe sei. Geht man auf diesen Gedankengang aber ein, so wird man es ohne weiteres erklärlich finden, daß in § 71 der Ausdruck „grobe Verunstaltung“ gebraucht ist, während in den Vorschriften von §§ 66 und 78 das Wort „grob“ fehlt. In der diesseitigen Annahme wird man aber auch durch die Tatsache bestärkt, daß in der Vorschrift von § 66, wo es sich lediglich um die grundsätzliche Stellungnahme des Gesetzgebers handelt, auch ganz allgemein von Bauten die Rede ist, welche „zur Unsicherheit“ des gemeinen Wesens dienen könnten; in der Satzung von § 71 aber, in dem das Vorgehen gegen die Bauten vorgeschrieben ist, die ohne Anzeige, Prüfung und Genehmigung ausgeführt worden sind, wird die Forderung zu einer Änderung oder Beseitigung solcher Bauten nur für den Fall als notwendig bezeichnet, in welchem sie für das Publikum „gefährlich“ sind. Es handelt sich also in dem einen wie in dem anderen Falle um eine gleichartige Steigerung beziehungsweise Verstärkung der Bedingungen für die Änderung der Bauten. Die Ähnlichkeit in der Verschärfung derselben ist bei den bisherigen Oberverwaltungsgerichtsentscheidungen vollständig unberücksichtigt geblieben, obgleich gerade sie zu einer größeren Beachtung hätte herausfordern sollen. Im engen Anschlusse hieran

[7]) Vgl. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 9 S. 381 Anm.

Digitized by Google

muß aber noch hervorgehoben werden, daß an der vorher erwähnten Stelle, wo Suarez in den Materialien des Landrechts erklärt, was dort unter „einem dergleichen Bau" zu verstehen sei, er ausdrücklich betont hat, daß ein solcher, der zur Unsicherheit oder zur Verunstaltung gereicht, gar nicht unternommen werden darf.

Es scheint aber auch nicht, wie es das Oberverwaltungsgericht getan hat, in dem Sinne des Gesetzgebers gehandelt zu sein, wenn man unterstellt, er hätte in den Satzungen auch dort nur grobe Verunstaltungen gemeint, wo er das Wort „grob" gar nicht angewandt hat. Diese Deutung läßt nämlich auch der Wortlaut von § 78 nicht zu, schließt sie vielmehr vollkommen aus. Nach diesem Wortlaut ist schon eine Verunreinigung einer Straße, die doch beim Bauen leicht vorkommen kann, als eine nicht zulässige Verunstaltung gekennzeichnet, außerdem ist aber noch jede sonstige Verunstaltung verboten, nicht nur eine grobe. Wenn darauf Wert gelegt wird, daß der Ausdruck „grobe Verunstaltung" erst infolge eines Verbesserungsvorschlags Beachtung und Aufnahme im Gesetze gefunden hat und dementsprechend bei der Rechtsprechung berücksichtigt werden muß, so darf auch hervorgehoben werden, daß das Wort „sonst" in § 78 auch erst nachträglich aufgenommen worden ist. Der dem § 78 I 8 entsprechende § 95 II 6 des auf Bl. 181 ff. in Bd. 25 der Materialien des Landrechts enthaltenen Entwurfes lautete nämlich noch wie folgt:

> Die Straßen und öffentlichen Plätze dürfen nicht verengt, verunreinigt oder verunstaltet werden.

Wenn der Gesetzgeber nur grobe Verunstaltungen im Sinne gehabt hätte, so konnte er unmöglich das Wort „sonst" dem Worte „verunstaltet" voranstellen; er hätte dann weitere Änderungen vornehmen müssen. Eben weil er diese Absicht nicht hatte, sondern vielmehr grundsätzlich jede Verunstaltung verhütet wissen wollte, sofern sie nur an öffentlichen Orten in die Erscheinung treten kann und sich somit als solche jedem für schönheitliche Gestaltung offenen Auge offenbaren muß, deswegen hat er das an der betreffenden Stelle den Sinn der Satzung sehr bedeutsam beeinflussende und sein ins Auge gefaßtes Ziel klar erkennen lassende Wort „sonst" nachträglich eingeschoben. Der geänderte Wortlaut findet sich bei § 59 bereits in dem auf Blatt 238 ff. in Band 26 der Materialien enthaltenen von Suarez selbst gefertigten Entwurfe der Umarbeitung des Gesetzgebungswerkes.

Digitized by Google

Wenn im Laufe der Jahrzehnte sich bei uns so viele Verunstaltungen haben breitmachen können, so dürfte dies nach den gemachten Ausführungen nicht an einem Mangel des Allgemeinen Landrechts gelegen haben als vielmehr an dessen Anwendung und Auslegung. Von der in § 82 gegebenen Vollmacht ist hinsichtlich des Schutzes gegen Verunstaltungen vielleicht nirgends Gebrauch gemacht worden, obwohl mit der dort und der in § 78 enthaltenen Satzung der Polizei bereits mehr Befugnisse in die Hand gegeben waren, als ihr heut auf Grund von Ortsstatuten, die sich auf § 2 des neuen Gesetzes stützen, zustehen können. Der zu diesem Gesetz auf Wunsch des Landtags von der Staatsregierung im Jahre 1906 vorgelegte Entwurf sollte die Mittel bieten, nicht nur einer groben, sondern jeder Verunstaltung entgegentreten zu können. Es ist aber nur erreicht worden, daß nach § 1 die baupolizeiliche Genehmigung zur Ausführung von Bauten und baulichen Änderungen zu versagen ist, wenn dadurch Straßen und Plätze der Ortschaft oder das Ortsbild gröblich[8]) verunstaltet werden würden. Damit ist

[8]) Unter „gröblicher Verunstaltung" haben nach der Ausführungsanweisung vom 4. August 1907 die Baupolizeibehörden dasselbe zu verstehen, was bisher unter „grober Verunstaltung" zu verstehen war. Wenn in dieser Anweisung, gemäß den bisherigen Oberverwaltungsgerichtsentscheidungen, betont wird, daß „im allgemeinen jede Schaffung eines positiv häßlichen und daher jedes für ästhetische Gestaltung offene Auge verletzenden Zustandes als grobe Verunstaltung anzusehen sein wird", so kann dies nur aufrichtig begrüßt werden; denn unter solcheinem Zustande versteht man in Sachverständigenkreisen nicht nur eine grobe Verunstaltung, sondern eine jede Verunstaltung, zumal das Wörtchen „positiv" als ein unwesentlicher und dem früher herrschenden Sprachgebrauch entsprungener Zusatz zu erachten ist. Es ist doch gleichgültig, ob man es mit einem „wirklich häßlichen" oder nur mit einem „häßlichen" Zustande zu tun hat. Es scheint aber, daß das hier überflüssigerweise angewendete Fremdwort „positiv" zu unangemessener Übertragung und Bedeutung zu verleiten geeignet sein dürfte und, nach einzelnen gerichtlichen Entscheidungen zu urteilen, manchmal wohl schon zu solcher geführt hat. Angesichts der seit 1882 bestehenden Auslegung des Oberverwaltungsgerichts ist es nicht zu verstehen, daß dieses gleichwohl auch in bezug auf die Anwendung der Satzung von § 66 I 8 ALR. auf das Wort „grob" stets großen Nachdruck gelegt wissen wollte. Die Betonung dieses Wortes ist geeignet, Sachverständige auf Irrwege zu leiten. Auf Irrwege muß es diese aber auch leiten, wenn in der ministeriellen Ausführungsanweisung betont wird, daß unter einer gröblichen Verunstaltung eine grobe zu verstehen sei. Denn nicht ohne Absicht kann der Landtag gegenüber dem Wortlaute der Vorschrift in § 78 I. 8 ALR. den Ausdruck „gröblich" gewählt haben. Die Gerichte sind an diese An-

Digitized by Google

aber nach diesseitiger Auffassung hinsichtlich der zulässigen Auslegung des Allgemeinen Landrechts der Polizei eine stumpfere und nicht in gleichem Maße anwendbare Waffe in die Hand gegeben worden, als sie im Geltungsbereiche desselben bereits besaß; denn nach dem alten Gesetze konnte mit der hier vertretenen Auslegung jeder in einem Bauentwurf oder erst bei der Ausführung und noch später sich offenbarenden Verunstaltung entgegengetreten werden. In der Sitzung des Abgeordnetenhauses vom 8. Mai 1907 hat der Abgeordnete Dr. Brandt allerdings ausdrücklich hervorgehoben, „daß durch § 1 des neuen Gesetzes die weitergehenden Befugnisse der Polizeibehörden nicht beschränkt werden sollen oder mit anderen Worten: wo nach den gegenwärtigen Vorschriften, z. B. nach dem für das Großherzogtum Berg ergangenen Ministerialerlasse die Polizeibehörde befugt ist, auch gegen solche Verunstaltungen einzuschreiten, die nicht als gröbliche zu bezeichnen sind, soll es hierbei bewenden". Obwohl diesen Ausführungen von keiner Seite widersprochen worden ist und der Minister der öffentlichen Arbeiten in der von ihm zum Gesetz erlassenen Ausführungsanweisung vom 4. August 1907 unter I hervorgehoben hat, daß spezialgesetzliche Vorschriften oder diesen gleichstehende Sonderbestimmungen, welche den Behörden weitergehende Befugnisse beimessen, als dies durch den § 1 desselben geschieht, in Kraft bleiben, so muß ich es zunächst noch dahingestellt sein lassen, ob die Gerichte im gegebenen Falle ihr hinsichtlich der Prüfung von Bauentwürfen im Geltungsgebiete des Allgemeinen Landrechts nach der diesseitigen Auslegung desselben beitreten werden. Würde es trotz gehöriger Begründung und Vertretung einer Klage nicht der Fall sein, so würde dies um so mehr zu bedauern sein, als es ganz besonders wichtig ist, daß schon bei der Prüfung eines Entwurfes zu einem Bauvorhaben gegen jede Verunstaltung eingeschritten werden kann. Die Verhütung derselben kann nicht früh, nicht umfassend und nicht kräftig genug einsetzen [9]). Zu bedauern bleibt es immerhin, daß im Gesetze

weisung nicht gebunden. Vgl. „Die Gesetze gegen Verunstaltung und ihre Handhabung" von Prof. Dr. Bredt, Barmen, in „Neuzeitliche Baupflege", Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1914, in welcher Abhandlung in sehr zu beherzigender Weise zum Ausdrucke gebracht wird, daß in der Bezeichnung „Verunstaltung" der Begriff des Groben schon genügend enthalten sei.

[9]) In der Entscheidung vom 12. Dezember 1911 (Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 60 S. 469) hat das Oberverwaltungsgericht schon

Digitized by Google

selbst das nicht erwähnt ist, was nachher in der Anweisung dazu hervorgehoben worden ist.

Noch betrübender ist es allerdings, und hierauf darf wohl im Anschluß an die gemachten Erörterungen kurz hingewiesen werden, daß in unseren Bauordnungen, und zwar in den Orts- wie in den Bezirksbauordnungen sogar viele Vorschriften enthalten sind sowie immer wieder abgeschrieben und weiter verbreitet werden, die bei ihrer Anwendung und Ausnützung zwangsläufig zu Verunstaltungen führen müssen.

Aus den Erfahrungen meines Berufs heraus möchte ich den Wunsch aussprechen, daß sobald als möglich für den ganzen Staat bessere als die zurzeit bestehenden rechtlichen Grundlagen geschaffen werden mögen, und daß den vorhandenen eine dem Schutze der Heimat günstigere Auslegung zuteil werde. Wir brauchen, damit dem Wohle des Vaterlandes in größtem Umfange gedient werden kann, nicht nur einen Schutz gegen alle Arten von Verunstaltungen, sondern auch eine umfassende und kräftige Förderung aller schönheitlichen Bestrebungen, insbesondere auf dem Gebiete des Bau- und Siedelungswesens in Stadt und Land. Eine solche Förderung, die als Baupflege anzusprechen wäre, kann aber im Rahmen unserer Verwaltungsordnung und Gesetzgebung nie Aufgabe der Polizei sein und wird es wohl nie werden.

---

festgestellt, daß die in § 66 I 8 enthaltene Satzung nicht in jeder Beziehung durch den in § 1 des Gesetzes zur Verhütung von Verunstaltungen vom 15. Juli 1907 enthaltene Vorschrift Einschränkungen erfahren hat. Wenn in einer neuerdings anzustrengenden Klage versucht werden sollte, der diesseitigen Auslegung des alten Gesetzes Geltung zu verschaffen, dann muß auch danach getrachtet werden, eine Entscheidung des Inhalts herbeizuführen, daß § 66 I 8 ALR. als in vollem Umfang in Geltung geblieben zu erachten ist.

Erwähnt sei z. B. auch, daß in den Bauordnungen für die Vororte von Berlin, soweit solche zum Landespolizeibezirke Potsdam gehören, und in den Bauordnungen, welche für die zum Landespolizeibezirke Berlin gehörenden Vororte gleichlautend erlassen worden sind, für die Schauseiten der Baulichkeiten schon vor dem Erlasse des neuen Gesetzes bestimmt worden war, daß sie durch Form und Ausstattung das Straßenbild nicht verunstalten dürfen. Diese Vorschrift ist auch später aufrecht erhalten geblieben. Von grober oder gröblicher Verunstaltung ist nicht die Rede. (Vgl. § 34 einerseits in den Bauordnungen vom 21. April 1903, vom 28. Mai 1907 und vom 30. Januar 1912 und andererseits in den Bauordnungen vom 15. März 1910 und vom 26. März 1912.)

Digitized by Google

XV.

Der Widerruf von Verwaltungsakten bei vorgefallener Bestechung.

Von Herrn Ger.-Ref. Ernst Alexander-Katz
in Berlin-Steglitz.

I.

In allen den Fällen, in denen man im deutschen Verwaltungsrechte nicht den freien Widerruf von Verwaltungsakten für zulässig ansieht, pflegt man doch ein beschränktes Widerrufsrecht, beim Vorliegen bestimmter Anfechtungsgründe nämlich, für möglich zu halten.

So werden insbesondere, abgesehen von den Fällen der Verletzung zwingender Verfahrensvorschriften, auch die Fälle des Irrtums, der Drohung und der arglistigen Täuschung, offenbar mit Recht, als Fälle anfechtbarer Verwaltungsrechtsgeschäfte abgesehen.

Wo es sich um positive, zwingende Verfahrensvorschriften handelt, bleibt ja überhaupt nur der Zweifel, ob ihre Verletzung den Akt nichtig oder anfechtbar macht. Denn wollte man einer solchen Verletzung weder die eine noch die andere Folge geben, so würde man die verletzte Verfahrensvorschrift eben nicht als eine zwingende, sondern als eine bloße Ordnungsvorschrift behandeln.

Die Zusammenstellung der weiteren allgemeinen Anfechtungsgründe: Irrtum, arglistige Täuschung und Drohung erinnert unwillkürlich an die allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Anfechtbarkeit von Willenserklärungen; und das ist gut so.

Aus diesem Rahmen heraus fällt nur die Ansicht derer, welche behaupten, auch eine bei Erlaß des Aktes vorgefallene Bestechung gäbe allgemein ein Widerrufsrecht kraft Anfechtung.

Digitized by Google

Otto Mayer stellt diesen Grundsatz für die Polizeierlaubnis, Walter Jellinek und Kormann stellen ihn für alle rechtsgeschäftlichen Verwaltungsakte auf.

Zuerst behauptet worden ist ein solches Anfechtungsrecht von Otto Mayer[1]). Walter Jellinek hat es dann unternommen, die Behauptung näher zu begründen[2]). Kormann beschränkt sich in diesem Punkte auf eine Wiedergabe der Mayerschen Ansicht und der Jellinekschen Begründung[3]).

Otto Mayer[4]) gibt keine eigentliche Begründung seiner Behauptung. Er bemerkt nur, dem Empfänger der Erlaubnis stände (im Falle des Betrugs, der Drohung und der Bestechung) eine Art replicatio doli entgegen. Damit ist natürlich nichts bewiesen, denn eine sich auch auf den Fall der Bestechung erstreckende replicatio doli hat es nie gegeben. Dies will Mayer aber auch gar nicht sagen; er will nur sagen, daß ihn zu seiner Behauptung der Anfechtbarkeit die Erkenntnis desselben Bedürfnisses, aus dem sonst die replicatio doli entstanden ist, geführt habe. Das ist aber unseres Erachtens auch im Verwaltungsrechte kein genügender Grund für die Zulässigkeit der Behauptung eines Rechtsinstituts.

Die von Mayer[5]) zitierte Stelle bei von Stengel[6]) bezieht sich nicht auf den Fall der Bestechung, sondern nur auf den von Mayer mitbehandelten Fall der arglistigen Täuschung. Von der von ihm in der zweiten Auflage zitierten Literatur und Rechtsprechung erwähnen die Bestechung nur Jellinek und Kormann, außerdem Langenstein[7]), welch letzterer sich zur Begründung lediglich auf die erste Auflage von Mayer beruft. Die bei Mayer sonst in der zweiten Auflage an dieser Stelle erwähnten Schriftsteller und Entscheidungen sprechen nur von den Fällen der arglistigen Täuschung und Drohung[8]).

---

[1]) In seinem Deutschen Verwaltungsrechte Bd. 1, 1. Aufl., S. 306.

[2]) Der fehlerhafte Staatsakt S. 159 ff.

[3]) System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte S. 377.

[4]) Bd. 1, 1. Aufl., S. 306; 2. Aufl. S. 266 f.

[5]) Bd. 1, 1. Aufl., S. 306 Anm. 28.

[6]) Wörterbuch des Verwaltungsrechts Bd. 2, 1. Aufl., S. 800, Art. Verwaltungsverfahren § 3 Ziff. 9.

[7]) Die Gewerbepolizeierlaubnis S. 153 und Anm. 5 und 6.

[8]) Ackermann, Baukonsens S. 138; Pr. OVG. E. Bd. 53 S. 262 ff.; Bayr. VGH. E. Bd. 21 S. 193 ff.

Digitized by Google

Einen Versuch der Begründung bringt Walter Jellinek, wenn er ausführt, im Prozesse sei gegen ein infolge Bestechung ergangenes Urteil die Restitutionsklage gegeben, und es sei sicher, daß ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft nicht mit stärkeren Schutzmaßregeln umgeben sein könne als das fehlerhafte Urteil (S. 159).

Gegen diese Deduktion ist vor allem einzuwenden, daß Jellinek das auf eine Bestechung hin vorgenommene Rechtsgeschäft ohne weiteres als fehlerhaft bezeichnet. Daß es rechtlich fehlerhaft wäre, müßte er erst beweisen. Denn dies ergibt sich nicht schon „aus der Natur der Sache". Sonst wäre ja auch ein Privatrechtsgeschäft, das von einem bestochenen Vertreter abgeschlossen wäre, fehlerhaft. Jellinek kann dem nicht entgegenhalten, daß die Bestechung bei der Vornahme eines verwaltungsrechtlichen Rechtsgeschäfts strafbar, bei der eines privatrechtlichen dagegen nicht strafbar wäre, und daß sich aus dieser Strafbarkeit also eine gewisse Fehlerhaftigkeit des verwaltungsrechtlichen ergäbe. Die Beamtenbestechung, die aktive wie die passive, ist auch strafbar, wo es sich um die Vornahme privatrechtlicher Rechtsgeschäfte für eine sogenannte Person des öffentlichen Rechtes handelt. Die aktive und passive Bestechung von Angestellten oder Beauftragten ist aber auch dann strafbar, wenn es sich um den Abschluß von Rechtsgeschäften für sogenannte Personen des Privatrechts handelt, soweit die Voraussetzungen des § 12 des Reichsgesetzes über den unlauteren Wettbewerb vorliegen. Und doch ist in allen diesen Fällen, soviel ich sehen kann, noch niemand darauf gekommen, solche Rechtsgeschäfte, weil sie infolge von Bestechung abgeschlossen wurden, für fehlerhaft, d. h. für nichtig oder für anfechtbar, zu erklären.

Jellinek und ebenso Kormann (S. 377) deduzieren nun folgendermaßen: die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über die Restitutionsklage sprächen ein Prinzip aus, das im ganzen Verwaltungsrechte subsidiär gelte; nur müsse dies Prinzip im Verwaltungsrechte, wegen der anderen Lage des Falles, Abwandelungen erfahren. Was sie meinen, ist wohl, hier müsse dem Staate als der in ihren Interessen verletzten Person ein Anfechtungsrecht gegeben werden; mit der Zulässigkeit der Parteianfechtung aber sei diesem nicht gedient, „sie entspräche nicht seinem Wesen"; deshalb träte an ihre Stelle ein staatliches Recht zur Selbstanfechtung durch Widerruf, sobald es sich um einen anderen Verwaltungsakt als ein Urteil handele.

Digitized by Google

Diese prinzipielle Bedeutung der Vorschriften über die Restitutionsklage kann durchaus nicht anerkannt werden, ganz abgesehen von der willkürlichen Weise, in der man sie umwandelt. Sie sind vielmehr Ausnahmevorschriften, die für Urteile gelten, und ihre Anwendbarkeit auf Verwaltungsurteile ist allerdings somit gegeben; für das preußische Verwaltungsstreitverfahren erkennt das Gesetz (§ 100 LVG.) dies auch ausdrücklich an.

Während aber im Prozesse der Staat als Richter, d. h. als Beurteiler fremder Interessen, regelmäßig auftritt, tritt er bei den anderen Verwaltungsakten regelmäßig zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen, d. h. eben der ihm als Rechtssubjekt eigentümlichen, der Staatsinteressen auf. Seine Stellung ist daher grundsätzlich die gleiche wie die der sogenannten Privatrechtssubjekte bei der Wahrnehmung der ihnen eigentümlichen Interessen; sie ist grundverschieden von der des urteilenden Richters [9]).

Schon die Zusammenstellung der allgemeinen Fälle der Anfechtbarkeit: Irrtum, arglistige Täuschung und Drohung, zeigte eine unverkennbare Parallele des verwaltungsrechtlichen Anfechtungsrechts zum bürgerlichrechtlichen. Der tiefere Grund hierfür wurde eben angegeben. Der verwaltende, nicht so der richtende, Staat befindet sich in der Situation eines eigene Interessen wahrnehmenden Rechtssubjekts; er ist in dieser Situation den allgemeinen Grundsätzen unterworfen, soweit die Gesetze nicht ein anderes angeordnet haben. Gesetze, welche dies tun, heißen Verwaltungsgesetze. Ihr Inbegriff ist das Verwaltungsrecht, es ist das Sonderrecht für diejenigen Rechtssubjekte, welche der Wahrnehmung öffentlicher Interessen als ihrer eigenen leben.

Daraus ergibt sich die subsidiäre Geltung der im allgemeinen Teile des Bürgerlichen Gesetzbuchs gegebenen allgemeinen Vorschriften über die Anfechtung von Willenserklärungen auf rechtsgeschäftliche Verwaltungsakte. Die Anfechtung einer Willenserklärung wegen vorgefallener Bestechung ist aber nur den Prozeßgesetzen bekannt. Das Verwaltungsrecht kennt sie als eine allgemeine Einrichtung ebensowenig wie das bürgerliche Recht [10]).

---

[9]) Im Prinzip anderer Ansicht ist Goldbaum, Theaterrecht S. 85.

[10]) Daß dem hier vorgetragenen Prinzipe verwandte Gedankengänge in den letzten 10 Jahren immer häufiger hervorgetreten sind, ergibt folgende Zusammenstellung: 1906 erschien in Groningen Prof. Krabbes Lehre von der Rechtssouveränität, welche die prinzipielle Unterscheidung zwischen Privat-

Digitized by Google

Die von Jellinek (S. 159 f.) herangezogene badische Verordnung vom 31. August 1884 trifft, wie anscheinend auch Kor-

---

und öffentlichem Rechte sowie auch den sonst behaupteten juristischen Mehrwert des Staates gegenüber anderen Rechtssubjekten verwirft. Dies höchst anziehende Buch, dessen Ausführungen ich freilich nicht in allen Punkten beizustimmen vermag, ist in Deutschland viel zu wenig beachtet worden, obwohl es sich speziell mit der deutschen Rechtswissenschaft auseinandersetzt.

Dann erschien, mindestens de lege ferenda im gleichen Sinne, im Archive für öffentliches Recht Bd. 23 S. 529 ff. Weyrs geistvoller und vielfältig anregender Aufsatz: „Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems". Seine (1908 erschienenen) Beiträge zur Theorie der Zwangsverbände sind mir, da böhmisch geschrieben, leider unzugänglich. Sie enthalten nach seiner Angabe im Archive für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie Bd. 7 S. 88 f. die auch in seinem genannten Aufsatze vertretenen Ansichten.

In seinem 1911 erschienenen Buche über „Hauptprobleme der Staatsrechtslehre" deutete Kelsen auf S. 655 ff. bereits an, daß auch ihm eine prinzipielle Scheidung von privatem und öffentlichem Rechte verfehlt erscheint; er führte dies später in seinem Aufsatze „Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft" im Archive für öffentliches Recht Bd. 31 S. 53 ff., S. 190 ff. näher aus.

In diesem Zusammenhang ist auch v. Launs kritisches Referat, über Jungs „Problem des natürlichen Rechts", im Archive für öffentliches Recht Bd. 30, zu nennen, der gleichfalls (S. 397) die neue Ansicht zu vertreten scheint.

Ein teilweises Entgegenkommen finden diese Gedanken bei Kaufmann, Art. Verw. in v. Stengel-Fleischmanns Wörterbuche Bd. 3, insbesondere S. 702 f. (1914), welcher den Unterschied zwischen bürgerlichem und öffentlichem Rechte zwar nicht für einen „aprioriſchen" hält, dennoch aber bei der Behauptung eines juristischen Mehrwerts des Staates verharrt.

Wieder anders führt Dronke in der Zeitschrift für Zollwesen und Reichssteuern Bd. 9 (1911) S. 165 ff., 198 ff. unter prinzipieller Beibehaltung der älteren Auffassung aus, da und soweit die öffentlichrechtlichen Verhältnisse den privatrechtlichen ähnlich (sic!) liegen, habe die Verwaltungsübung nie Bedenken getragen, die privatrechtlichen Vorschriften anzuwenden. Sie seien also durch Gewohnheitsrecht (sic!) in das öffentliche Recht übertragen. (In seinen weiteren Ausführungen nimmt er unter anderem die Anwendbarkeit von §§ 119, 120 BGB. über das Selbstanfechtungsrecht wegen Irrtums auf die zoll- und steuerrechtlichen Willenserklärungen, die gegenüber den Behörden abgegeben werden, an.)

Interessant ist es, zu sehen, daß auch in der französischen Rechtswissenschaft die gleichen neuen Ideen vordringen. So leugnet Duguit, les transformations du droit public (1913) S. 164 jeden Unterschied zwischen Rechtsgeschäften des öffentlichen und privaten Rechtes (zitiert im Archive des öffentlichen Rechts Bd. 33 S. 323 Anm. 1).

In den Ländern englischen Rechtes hat eine Trennung von öffentlichem und privatem Rechte nie bestanden und wird auch zurzeit von niemandem behauptet.

Digitized by Google

mann[11]) meint, den Fall der Bestechung nicht. Sie läßt in § 43 Ziff. 2 den Widerruf kraft Anfechtung zu, „wenn eine erteilte Bewilligung oder Genehmigung erschlichen wurde". Unter Erschleichung kann aber nur der Fall der arglistigen Täuschung, nicht auch der der Bestechung, verstanden werden. Mit wem man unter einer Decke steckt, von dem erschleicht man nichts. So können auch alle Autoren, die eine Anfechtbarkeit des erschlichenen Staatsakts anerkennen, nicht als Zeugen für die Anfechtbarkeit des infolge von Bestechung ergangenen angeführt werden.

Aber nicht nur die Verwaltungsrechtsgesetze kennen eine solche Anfechtbarkeit nicht, auch die ordentlichen und die Verwaltungsgerichte haben sie noch in keiner mir bekannt gewordenen Entscheidung anerkannt. Ebenso erwähnt sie Fleiner, wo er von den Gründen für die Zulässigkeit des nichtfreien Widerrufs handelt, nicht[12]).

Das Fehlen von Entscheidungen, welche hier die Anfechtbarkeit anerkennen, wird natürlich mit auf die Seltenheit der Fälle wirksamer Beamtenbestechung in Deutschland zurückzuführen sein, spricht aber mindestens nicht gegen die hier vertretene Ansicht.

II.

Wenn wir die Nachweisbarkeit eines allgemeinen Anfechtungsrechts wegen vorgefallener Bestechung verneinen, so müssen wir doch noch fragen, ob nicht das Bedürfnis, aus dem man es annehmen zu müssen glaubte, wirklich besteht.

Betrachten wir zunächst, wie sich im bürgerlichen Rechte die Sache gestaltet, wo ja zweifellos keine Anfechtung wegen Bestechung möglich ist.

Wenn Jellinek (S. 158 f.) davon spricht, daß der, welcher zugunsten eines anderen ohne rechtlichen Grund eine Änderung der Rechtsverhältnisse bewirke, im Privatrechte wenigstens fast immer eine condictio sine causa oder eine condictio indebiti habe, so trifft dies jedenfalls den Fall der Bestechung nicht. Denn privatrechtlich ist auch ein auf Bestechung beruhendes Rechtsgeschäft rechtsbeständig und somit Rechtsgrund für die Erfüllungsleistungen.

Gegen das auf der wirksamen Bestechung eines Angestellten beruhende Rechtsgeschäft ist dem Geschäftsherrn ohne weiteres noch

[11]) Vgl. S. 372, wo er sie erwähnt, und S. 377, wo er sie nicht erwähnt.
[12]) Institutionen, 3. Aufl., S. 192 ff., insbesondere S. 197 f.

Digitized by Google

kein Mittel in die Hand gegeben, und das ist nicht unbillig; denn seine Gebundenheit an den Vertrag schädigt ihn nicht ohne weiteres.

Natürlich kann ihm aus ihr ein Schade erwachsen. Ist dies der Fall, so sind der Bestecher und der Bestochene ihm zum Ersatze des Schadens verpflichtet, weil sie ihm den Schaden durch Gewährung und Annahme der Bestechung vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise zugefügt haben (BGB. § 826).

Da wir nun behauptet haben, daß ein allgemeines Anfechtungsrecht wegen vorgefallener Bestechung auch im Verwaltungsrechte nicht angenommen werden darf, so müssen wir prüfen, ob denn dort etwa die Bindung an das Rechtsgeschäft für den Geschäftsherrn als solche bereits schadenbringend *ist*, oder ob sie nicht auch *nur die Möglichkeit* einer künftigen Schädigung eröffnet, und ob genügende Vorschriften bestehen, welche zur Ausgleichung etwa entstehender Schädigungen führen.

Ein Vermögensschade wird dem Dienstherrn des bestochenen Beamten namentlich bei Verfügungen im Rechte der Zölle und Steuern entstehen können. Dort ist eine Abhilfe gewöhnlich schon dadurch gegeben, daß die Handlung des Bestechenden sich als Hinterziehung darstellt und somit unter die für die Hinterziehung regelmäßig bestehenden besonderen Vorschriften fällt. Neben dem Bestechenden wird regelmäßig auch der bestochene Beamte aus einer besonderen beamtenrechtlichen Vorschrift, sonst stets nach dem auch hier subsidiär geltenden Grundsatze von § 826 BGB. haften.

Ein Schade, oft ein immaterieller, kann namentlich da entstehen, wo infolge der Bestechung eine Genehmigung oder Erlaubnis erteilt worden ist, die zweckmäßigerweise nicht hätte erteilt werden sollen.

Handelt es sich um eine Genehmigung oder Erlaubnis, die, im gegebenen Falle, überhaupt nicht hätte erteilt werden dürfen, fehlt also irgend eine ihrer gesetzlichen Voraussetzungen, so ist sie, ganz von der vorgefallenen Bestechung abgesehen, nichtig oder anfechtbar.

Handelt es sich um eine Genehmigung oder Erlaubnis, die zweckmäßigerweise nicht hätte erteilt werden sollen, so wird durch ihre Erteilung an sich regelmäßig eine Schädigung des Staates, eine Verletzung öffentlicher Interessen, noch nicht eintreten. Wird ihr Eintritt aber auch nur in hohem Maße wahrscheinlich, so pflegen die Gesetze bereits, unabhängig davon, ob etwa eine Bestechung untergelaufen ist, durch Sondervorschriften Maßnahmen zu

Digitized by Google

ihrer Verhütung zuzulassen, die praktisch auf den Widerruf der erteilten Erlaubnis oder Genehmigung hinauslaufen.

Zwei willkürlich gewählte Beispiele mögen das belegen: Die Eröffnung des Gewerbebetriebs durch einen kupplerischen Gastwirt oder einen in artistischer Hinsicht unzuverlässigen Schauspielunternehmer verletzt an sich die öffentlichen Interessen noch nicht, auch wenn die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis durch Bestechung erreicht wurde. Sobald aber aus neuen Handlungen oder Unterlassungen dieser Gewerbetreibenden ihre Unzuverlässigkeit klar erhellt, eine künftige Verletzung öffentlicher Interessen somit wahrscheinlich wird, kann die erteilte Erlaubnis (nach § 53 Abs. 2 GewO.) zurückgenommen, d. h. widerrufen werden.

Ist die Erlaubnis zu einer öffentlichen Versammlung unter freiem Himmel infolge von Bestechung erteilt worden, so verletzt ihr Stattfinden an sich noch keine öffentlichen Interessen. Sobald aber eine solche Verletzung droht, etwa dadurch, daß ein Redner zur Begehung von Verbrechen aufzufordern beginnt, ist auch hier als Korrektiv den Beauftragten der Polizeibehörde die Befugnis gegeben, die Versammlung für aufgelöst zu erklären, d. h. die erteilte Erlaubnis mit Wirkung ex nunc zurückzunehmen.

Wir glauben hiermit bereits genügend gezeigt zu haben, daß regelmäßig bestehende Sondervorschriften den Staat in die Lage versetzen, einen Schaden, eine Verletzung seiner, d. h. der öffentlichen Interessen zu verhüten, oder, soweit ein Schade entstanden ist, Ersatz zu erlangen. Wo etwa ein immaterieller Schade entstanden und eine Naturalherstellung nicht möglich ist, ist freilich dem Staate nicht zu helfen. Er muß sich dann damit trösten, daß es im gleichen Falle allen anderen Rechtssubjekten ebenso geht.

Wir fassen zusammen: Wie wir das Bestehen eines Anfechtungsrechts für Verwaltungsakte, die durch eine Bestechung kausal bedingt sind, nicht anerkennen können, halten wir auch dafür, daß ein praktisches Bedürfnis für ihre Anerkennung regelmäßig nicht besteht.

Digitized by Google

I. Alphabetisches Sachregister.

Die Zahlen bedeuten Seiten.

Abänderung einer früheren Bauerlaubnis 200; — eines Baues 203; — des Bauvorhabens durch die Polizei 222.
Abbruch von Gebäuden 236, 482, 485; — von Bauten 479, 481.
Aberglaube und Weltkrieg 263.
Abfindung s. Kapitalabfindung.
Abfindungsgrundstücke, Zugang zu ihnen, Entwässerung und Bewässerung der A. 55.
Abfindungsländereien s. Zubehör.
Abgeändertes Bauvorhaben, Erteilung der Baugenehmigung für ein solches 226.
Ablehnung von Gerichtspersonen 14; — der Baugenehmigung 219, 223, 226, 240; — eines neuen Baugesuchs 228.
Ablehnungseid 2, 16, 36.
Abnutzung s. Abschreibungen.
Aborte 195; — Vermehrung der A. 234.
Abschreibungen für die Abnutzung der dauernd dem Geschäftsbetriebe dienenden Gegenstände 144; — s. Bergwerke.
Absicht des Gesetzes 57, 339, 395, 396, 413, 415 — des Gesetzgebers 209, 383, 448, 478, 492.
Absichtliche Täuschung der Baupolizeibehörde 198.
Abstufung der Leistungen bei der Krankenversicherung 304; — der Beiträge zur Krankenversicherung nach Gefahrenklassen 310.
Abtragung eines Baues 202; — eines Gebäudes gemäß § 72 I 8 ALR. 487.
Abweichungen von einem Bauvorhaben 235.
actio communi dividundo 56.
Ahaus (Kreis) 376.
Akkordarbeit, Beseitigung der A. 106.
Akten s. Gerichtsakten.
Allgemeine Gütergemeinschaft 402.
Allgemeine Ortskrankenkassen 277.
Allgemeines Landrecht, Baupolizeiliche Vorschriften des ALR. 201; — „Volle Gesetzeskraft" des ALR. 446 f., 460; — Umfang seiner Gesetzeskraft 450; — Wiedereinführung des ALR. 465; — Heranziehung von § 10 II 17 ALR. 481; — Mangel in dessen Anwendung und Auslegung 494; — s. Derogatorische Kraft, Kollegialismus, Prinzipale Geltung, Prinzipalität, Privatgesellschaft, Subsidiarische Geltung, Subsidiarität.
Amerika, Gewerkvereine in den Vereinigten Staaten 108; — Einigungswesen in den Vereinigten Staaten 129.
Ammoniakfabriken 96.
Amtsentlassung s. Richter.
Amtshandlung, Unterlassung einer der Polizei obliegenden A. 197; — ob vorliegend 248.
Amtsniederlegung seitens des Geistlichen 332.
Amtsverschwiegenheitspflicht 419.
Analogie 331, 385, 441, 450.
Änderung eines Baues 202; — des Baues, der gegen das öffentliche Baurecht verstößt 205; — der polizeilichen Anforderungen an einen Bau 206; — des materiellen Baurechts 207; — von Verhältnissen, die außerhalb des eigentlichen Bauvorhabens liegen 233; — eines ohne vorhergegangene Anzeige unternommenen Baues 486.
Aneignung 60, 345, 348.
Anerbenrecht in Westfalen 370.
Anerkenntnis 24.
Anfechtung von Baubedingungen 219; — von Willenserklärungen 500.
Angehörige s. Familienangehörige.

Digitized by Google

Angesessene 388, 395.
Angestellte in gehobener Stellung 287, 306; — der Krankenkassen 314.
Anhalt 343.
Anker, Anbringung, Vermehrung und Vergrößerung von A. 234.
Anlagekapital, Zuwachs des A. 140.
Ansbach (Fürstentum) 453.
Ansiedlungsgenehmigung 99, 204, 209, 231.
Anspruch, Kein A. auf Erteilung der Bauerlaubnis 192.
Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden 384.
Anteil an den gemeinschaftlichen Anlagen nach einer Auseinandersetzung 50.
Antrag auf Erteilung der Bauerlaubnis 207; — auf Befreiung von der Versicherungspflicht 291; — auf Befreiung von der Invalidenversicherungspflicht 293.
Anwachsung 63, 72.
Anwälte, Heranziehung von A. 40; — Beschäftigung bei A. 286.
Anwartschaft 55, 63; — auf Ruhegeld, Witwen- und Waisenrente 293.
Anzeigepflicht bei Anlegung von neuen Bauten 479 ff., 484.
Apotheken, Gehilfen und Lehrlinge in A. 286 f.
Arbeiter 287.
Arbeiter 287; — s. Forstwirtschaftliche Arbeiter, Landwirtschaftliche Arbeiter.
Arbeitergewerkvereine s. Spanien.
Arbeiterkolonien 292.
Arbeitgeber s. Familienangehörige, Leistungsfähigkeit.
Arbeitslose, Vorübergehende Beschäftigung von A. 292.
Arbeiterschlafhaus für den Grubenbetrieb 99.
Arbeiterschutzbestimmungen, Ausführung der A. 103.
Arbeitsbedingungen, Günstige 107, 118.
Arbeitskammern 113.
Arbeitskammergesetzentwurf 130.
Arbeitskampf s. Schiedsgerichtsbarkeit.
Arbeitsstreitigkeiten s. Schweden.
Arbeitsunfähigkeit 297.
Arbeitsverdienst der Versicherten als maßgebend bei Bemessung des Krankengeldes 297; — s. Jahresarbeitsverdienst.
Arbeitsverträge, Streitigkeiten aus den A. 122; — s. Belgien.
Arbeitswilligenschutz, Erhöhung des A. 113.
Arbeitszeit, Beschränkung der A. 106.
Archive, Stücke aus A. des Staates oder anderer öffentlichrechtlicher Körperschaften 167 f.; — s. Privaturkunde.
Arglistige Täuschung 497 f., 500; — bei der Anstellung eines Beamten 332.
Armenpflegefälle, Praktische Behandlung von A. 152.
Armenverband, Inanspruchnahme von versicherungsrechtlichen Bezügen 153; — Gewährung von Krankenhauspflege durch den A. 299; — s. Erlöschen, Irrtümliche Erstattung, Vorläufig unterstützender A.
Arrest 37.
Arznei 295.
Ärzte, Einkommen der A. 145.
Ärztekammer 156.
Ärztliche Behandlung 295; — bei Krankenkassen 318.
Ärztliche Geburtshilfe 303.
Arztwahl s. Freie A.
Assessoren s. Gerichtsassessoren.
Ästhetische Gestaltung, Jedes für eine solche offene Auge 490. 494.
Aufbereitungsanstalten 95, 275.
Aufenthalt, Dauernder, von Menschen 221, 234; — s. Vorübergehender A.
Aufhebung der Gemeinschaft nach einer Auseinandersetzung 65; — von Maßgaben, unter denen eine Baugenehmigung erteilt ist 229, 235; — einer Gemeinschaft 370.
Auflagen bei Erteilung einer Bauerlaubnis 224.
Auflassung, Ablehnung der Beurkundung einer A. 375; — Nichtigkeit einer A. 376; — Anwendbarkeit des § 117 BGB. bei A. 378; — von Eigentumsanteilen, ob wegen Gesetzesumgehung nichtig 386.
Auflösende Bedingung, auflösende zeitliche Begrenzung bei einer Bauerlaubnis 208.
Auflösung einer Krankenkasse 312.
Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen gegen-

Digitized by Google

einander 324 f.; — gegen Steuerforderungen und ähnliche Ansprüche 335 f.
Aufsicht über Krankenkassen 320.
Ausbildung s. Beruf.
Auseinandersetzung s. Anteil, Aufhebung, Eigentum, Eigentümer, Gegenstand, Geld, Inhalt, Teilung, Unterhaltung, Veräußerung, Verfügung, Verhältnis, Verwaltung, Verzicht, Zwangsvollstreckung.
Auseinandersetzungsangelegenheiten, Parteieid in A. 10.
Auseinandersetzungsgemeinschaften aus der Zeit vor 1900 74.
Auseinandersetzungsrezeß, Eigenschaft als Vertrag 43; — s. Vertrag.
Auseinandersetzungsteilnehmer, Rechte an den gemeinschaftlichen Anlagen 42 f; — s. Beschlüsse, Gemeinschaft, Gräben, Klage, Rechtshandlungen, Wege.
Ausführung des nicht genehmigten Baues als strafbar 202.
Ausland, Beschäftigung bei einer amtlichen Vertretung des Reichs oder eines Bundesstaates im A. 289.
Ausländer, Befreiung von der Invalidenversicherungspflicht 291.
Auslegung des Gesetzes 385, 408, 469; — s. Teleologische A.
Ausnahme, deren Bewilligung den Ortspolizeibehörden in Polizeiverordnungen vorbehalten ist 194; — Bewilligung einer A. von einer baupolizeilichen Vorschrift 216, 236, 238.
Außerkraftsetzung von Baubedingungen 227.
Ausschließung des Rechtes auf Bauerlaubnis 191.
Ausschuß bei Krankenkassen 313.
Ausschweifungen s. Geschlechtliche A.
Aussperrung 120.
Australien, Eintragung der Berufsvereine 109; — Einigungswesen 126.

Baden, Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren 8.
Baggereibetrieb 286.
Bahnhöfe 354.
Bahnpolizei und Bergbaubetrieb 100.
Bank, Kommunalständische, für die Oberlausitz 89.
Basaltlavabrüche 97.
Bau s. Abtragung, Änderung, Ausführung, Bedingte Zulässigkeit oder Unzulässigkeit, Beschaffenheit, Erhöhung, Gefährlichkeit, Milderung, Niederlegung, Schädlichkeit, Unbedingte Zulässigkeit.
Bauanträge s. Ermessen.
Bauausführung s. Schädlichkeiten.
Baubedingungen 217 f.; — Hinzufügung von B. 196; — als Anordnungen 230 f.; — s. Anfechtung, Außerkraftsetzung, Besitznachfolger, Rechtmäßigkeit, Zustimmung.
Bauen ohne Erlaubnis 241.
Bauerlaubnis, Zur Lehre von der B. 184 f.; — s. Abänderung, Anspruch, Antrag, Auflagen, Auflösende Bedingung, Ausschließung, Besitzwechsel, Dauer, Dinglichkeit, Einschränkung, Erfordernis, Erneuerung, Maßgaben, Nachträgliche B., Person, Polizeiliches Einschreiten, Polizeiliche Prüfung, Rechtsvorgänger, Stehendürfen, Übergang, Versagung, Verwaltungsrichter, Vorläufige B., Widerruf, Wirkungen, Zwangsmittel, Zwangsweise Durchsetzung.
Baufreiheit 477 f., 489; — Polizeiliche Fessel der materiellen B. 186.
Baugenehmigung 484; — Pflicht zur Nachsuchung einer B. 485; — s. Abgeändertes Bauvorhaben, Ablehnung, Gebührenpflicht, Rechtswirksamkeit.
Bauherr, -leiter 211; — s. Tod des Bauherrn, Wechsel.
Baukrankenkassen 274, 277, 279 f.
Bauliche Veränderung s. Rückgängigmachung.
Bauplan s. Beanstandung.
Bauplätze 80.
Baupolizei und Bergbau 98.
Baupolizeibehörde s. Absichtliche Täuschung.
Baupolizeiliche Vorschrift s. Ausnahme.
Baupolizeiverordnung s. Bestehende Bauwerke, Maßgeblichkeit.
Baurecht s. Änderung, Polizeiliches Einschreiten, Verstoß.
Baurechtliche Vorschrift s. Spätere b. V.
Bauten s. Änderung, Abbruch, Anzeigepflicht, Bescheid, Beseitigung.
Bauversagung auf Grund von § 10 II 17 ALR. als Elemente der

Digitized by Google

Gebundenheit und des freien Ermessens enthaltend 189.
Bauvorhaben s. Abgeändertes B., Abweichungen, Berichtigungen, Einspruch, Nichtanzeigepflichtige B.
Bauvorlagen s. Vollständigkeit.
Bauwerke s. Benutzung, bestehende B., Spätere baurechtliche Vorschriften, Spätere Erwerber, Verputzen, Zweck.
Bayern, Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren 8.
Bayreuth (Fürstentum) 453.
Beamte, Beginn der Steuerpflicht 146; — Befreiung von der Versicherungspflicht 290; — s. Arglistige Täuschung, Irrtum, Staatsbeamter.
Beamteneid 32.
Beamteneigenschaft 420 f.
Beamtenstaat und Volksstaat 261.
Beanstandung des Bauplans 221; — eines bestimmten Teiles des Bauvorhabens 229; — von Beschlüssen 318.
Beckum (Kreis) 368, 375.
Bedingte Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Baues 191.
Bedingung s. auflösende B., Baubedingungen, Lohnbedingungen.
Bedürfnis für den Parteieid 26.
Bedürfnisanstalten 199.
Bedürfnisse des Lebens 407.
Begriff s. Bestandteilbegriff.
Begriffsjurisprudenz 388.
Behörden 157; — B. und Eidesleistung 25.
Beitragsleistung bei der Krankenversicherung 308.
Beitreibung von Steuern 328.
Beitrittszwang zu Krankenkassen 272.
Belgien, Gesetzliche Zulassung des gemeinsamen Arbeitsvertrags 110; — Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten 126.
Bemalung von Hochbauten 485.
Benutzung eines Bauwerkes 220.
Benzol, Gewinnung von B. 96.
Berg (Großherzogtum) 495.
Berge, Kahle 352.
Bergarbeiterstand, Lage des B. 106.
Bergbau s. Eisenerzbergbau, Räumung, Steinsalzbergbau, Wege.
Bergbaubetrieb s. Bahnpolizei, Elektrische Energie, Gesundheitspolizei, Gewerbepolizei, Hafenpolizei, Schiffahrtspolizei, Sicherheitspolizei, Strompolizei, Wasserpolizei.
Bergpolizei, Befugnisse der B. 94 f.
Bergschulen 99.
Bergwerke 275; — Abschreibungen auf die Substanz von B. 143; — Bau von B. 432; — s. Stillegung.
Berichtigungen des Bauvorhabens durch die Baupolizeibehörde 222 f., 225, 230.
Berlin 195, 213, 241; — s. Brandenburger Tor, Kreuzberg, Vororte.
Berliner Gemeinderecht 166.
Berliner Tiergarten 349.
Beruf, Ausbildung für den B. 290, 292 f.
Berufsgenossen, Vereinigung in Krankenkassen 273.
Berufsgenossenschaften, Beschäftigung bei B. 286.
Berufsvereine, Rechtsfähigkeit der B. 105 f.; — s. Australien, Haftung, Reichstag.
Berufung, Unterschrift unter einer B. 143.
Beschaffenheit eines ohne polizeiliche Erlaubnis errichteten Baues 202.
Beschäftigte s. Unständig B.
Beschäftigung s. Vorübergehende B.
Bescheid, betr. die Anlegung von Bauten 484.
Beschlagnahme der ausstehenden Forderungen behufs exekutivischer Beitreibung von Steuern 328.
Beschlüsse der Auseinandersetzungsteilnehmer 68, 73.
Beschränkung der Ausübung des Jagdrechts 389.
Beseitigung eines Gebäudes 236; — von Bauten 479.
Besetzung der Stellen bei Krankenkassen 316.
Besitznachfolger 240; — Wirksamkeit der Baubedingungen gegen B. 236.
Besitzwechsel bei einem Grundstücke nach Erteilung der Bauerlaubnis 210.
Bestandteil, Gelten als B. 57.
Bestandteilsbegriff des BGB., Anwendbarkeit des B. 44.
Bestechung, Widerruf von Verwaltungsakten bei vorgekommener B. 497 ff.; — s. Schadensersatz.
Bestehende Bauwerke, Anwendbarkeit einer Baupolizeiverordnung auf solche 239.
Beteiligte bei der freiwilligen Gerichtsbarkeit 4; — im Sinne des § 71 der Jagdordnung 376.
Betriebsbeamte 286 f., 306.

Digitized by Google

Betriebskrankenkassen 274, 313; — Errichtung von B. 279; — s. Gemeinsame B., Genehmigungsverfahren, Kassenführung, Rechnungsführung, Satzung, Zugelassene B.
Betriebsstätte, Beschäftigung außerhalb der B. 286 f.
Betriebsunternehmer, Versicherung gegen Krankheit 294.
Betrug, Schädigung von Krankenkassen durch B. 296 f.
Betten, Lieferung an Hilfsbedürftige 153.
Bewässerung s. Abfindungsgrundstücke.
Bewässerungsgräben 46.
Beweislast 39, 249.
Beweismittel im Verwaltungsstreitverfahren 12.
Beweiswürdigung 4; — Freie richterliche B. 178.
Bilanzen als Grundlagen für die Berechnung des steuerpflichtigen Einkommens 141.
Bilanzwert der Betriebsobjekte und der Waren 144.
Bindende Kraft, Parteieid ohne b. K. 34.
Bindfadenjagden 361 f., 416.
Bindung des Richters 28.
Binnenschiffahrtsbetrieb 286.
Binsen 352.
Bischöfliche Rechte, Ausübung der sogenannten b. R. 428.
Brandmauern 206, 228.
Brandenburger Tor in Berlin 489.
Branntweinsteuer 264.
Braunkohlen-Teerschwefeleien 96.
Braunschweig 343; — Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren 9.
Braunschweigische Landschaft 293.
Breite einer Fläche, welche die ordnungsmäßige Jagdausübung nicht gestattet 362 f.
Breslau 213 f.
Brikettfabriken 96.
Brillen 295.
Bruchbänder 295.
Brücken 479.
Brunnen 479.
Brustwehren 479.
Bühnen 479.
Bühnenmitglieder 287.
Bullenwiesen 80, 84.
Bundesamt für das Heimatwesen, Stellung zum Parteieide 15.
Bürgerliche Ehrenrechte 297.
Bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne von § 13 GVG. 337.
Bürgerlicher Verkehr, dem b. V. entzogene Sachen 173, 175; — Ausschluß vom b. V. 180.
Bürgerliches Gesetzbuch, Keine Vorschriften über öffentliche oder dem Verkehr entzogene Sachen 171; — Änderung des BGB. 416; — s. Recht.
Bürgerliches Recht, Umgrenzung des Begriffs 23; — s. Gesellschaft, Miteigentum.
Bußprozeß 6.

Canada 126.
Cassel 213 f.
Cassel (Reg.-Bez.) 342.
Cholerastation 332.
Coblenz 213 f.
condictio sine causa, indebiti 502.
Culmscher Kreis 461.

Dächer, Neudeckung von D. 485.
Dachschieferbruch 97.
Dachschräge 234.
Dampfkesselüberwachungsvereine 157.
Dänemark 127.
Danzig 464.
Dauer der Bauerlaubnis 212; — der Unterstützung bei der Krankenversicherung 297 f., 301; — der Krankenhilfe 302; — s. Kurze D.
Dauernder Aufenthalt s. Mindesthöhe.
Deiche 352, 358 ff., 361; — Trennung durch D. 354.
Denkmalbauten 479.
Derogatorische Kraft des ALR. 448.
Diakonissen 291.
Dienstbarkeiten s. Grunddienstbarkeiten.
Dienstboten 278, 287; — Krankenversicherung 291; — Krankenhauspflege für D. 300.
Dienstgrad, einem falschen Adressaten zugegangene Erklärung der Berufung zu einem höheren D. 248.
Dienstländereien der Pfarrer und Lehrer 409.
Dienstordnung für die Angestellten der Krankenkassen 314 f., 318.
Dienstwohnungen der Geistlichen und Schullehrer 455.
Dinglichkeit der Bauerlaubnis 208, 236; — s. Subjektive D.
Doppelversicherung gegen Krankheit 296.
Dortmund 195, 214, 239.
Drohung 497, 500.

Digitized by Google

Dungplätze 352.
Durchschnittlicher Tagelohn 295 f., 302.
Durchsetzung s. Zwangsweise D.
Düsseldorf 214.

Ehefrau, Einlegung von Rechtsmitteln durch die E. 145; — bei Auflösung der Ehe 409.
Eheleute s. Gütertrennung.
Ehesachen 4.
Ehrenrechte s. Bürgerliche E.
Eichsfeld 459.
Eid s. Ablehnungseid, Beamteneid, Erfüllungseid, Geschworene, Glaubenseid, Handelsrichter, Haupteid, Nacheid, Parteieid, Privateid, Reinigungseid, Sachverständigeneid, Schätzungseid, Schiedseid, Überzeugungseid.
Eidesleistung s. Behörden.
Eidesstattliche Versicherung 2, 5; — s. Versicherung.
Eigenjagdbezirke, Bildung nach der preußischen Jagdordnung 342 f.; — Bildung vor dem Ablaufe der Pachtverträge 410; — s. Eigentümer, Eigentumsbruchteile, Eisenbahnfiskus, Enklaven, Formelles Miteigentum, Fremde, Jagdpachtperiode, Juristische Personen, Kanalfiskus, Miteigentum, Restfläche, Verzicht, Zusammenhang, Selbständige E.
Eigenmacht 329.
Eigentum an Wegen und Gräben in Fällen der Auseinandersetzung 44; — zur gesamten Hand 60, 64; — Bedeutung in jagdrechtlicher Beziehung 365; — Vorbehalt der Rückübertragung des E. 404; — Einschränkungen des E. 483, 487; — s. Formelles E., Herrenlose wilde Tiere, Privateigentum, Urkunden.
Eigentümer, Wer als E. der gemeinschaftlichen Anlagen nach einer Auseinandersetzung einzutragen ist 49; — als befugt zur Bildung des Eigenjagdbezirks 405.
Eigentumsbruchteile, ob auf Grund gegenseitiger Übertragung von E. ein Eigenjagdbezirk gebildet werden kann 375; — Bildung von Eigenjagdbezirken durch gegenseitige Auflassung von E. 377, 393, 400 ff.; — Gegenseitige Übertragung von E. 404, 416.
Einfriedigung von Grundstücken in der Straßenfluchtlinie 194.
Einfriedigungsbauten 479.
Eingeschriebene Hilfskassen 268, 284; — Bescheinigung über ihre Vollwertigkeit 276.
Einheitlichkeit des Miteigentums 395.
Einigungsämter s. Italien, Reichseinigungsamt.
Einigungsbehörden s. Schweiz.
Einigungsverfahren 121 f.
Einigungswesen s. Amerika, Australien, Frankreich.
Einkommen aus preußischem Grundbesitz 142; — Beeinträchtigung des E. des Publikums 188; — s. Bilanzen, Jahreseinkommen, Rechtsanwälte.
Einkommensteuer s. Finanzminister.
Einkommensteuerermäßigung nach § 63 des Gesetzes 146.
Einlauf von Wild 347, 350, 407 f., 411.
Einschränkung der Bauerlaubnis 219, 236, 240; — s. Eigentum.
Einschreiten s. Polizeiliches E.
Einspruch der Obrigkeit gegen Bauvorhaben 485.
Einstweilige Verfügungen 37, 402; — welche die Jagdausübung verbieten 376.
Einziehung s. Gesetzwidrige E.
Eisenbahnen 360; — Trennung durch E. 354; — s. Zubehörstreifen.
Eisenbahnfiskus, Bildung von Eigenjagdbezirken 353.
Eisenbahnverwaltungen 286.
Eiserne Träger 234.
Eisenerzbergbau 97.
Elbing 213 f.
Elektrische Energie im Bergbaubetriebe 99.
Elektrische Kraft s. Sicherheit.
Eltern s. Kinder.
Elten 459.
England, Einigungswesen 123.
Englische Arbeiterverbände 116.
Englisches Gewerkvereinsgesetz 108.
Enklaven in dem Eigenjagdbezirk 354; — s. Waldenklaven.
Entfernung vom Wege 228.
Entgelt, Beschäftigung nicht gegen E. 294.
Entlassung der Angestellten von Krankenkassen 317; — s. Wichtiger Grund.

Digitized by Google

Entlassungsgesuch des Beamten 332.
Entstehungsgeschichte einer gesetzlichen Bestimmung 467.
Entwässerung s. Abfindungsgrundstücke, Hof.
Entwässerungsgräben 46.
Erben des Bauherrn 211.
Erbanfall 403.
Erbschaftssteuer, zu Unrecht erhobene E. 333.
Erfordernis einer Bauerlaubnis 212.
Erfüllungseid 2.
Erfurt 213, 459.
Erhöhung von Räumen 200; — der polizeilichen Anforderungen an einen Bau 206 f.
Erlaubnis s. Pölizeiliche E.
Erlöschen der Mitgliedschaft bei der Krankenversicherung 295; — eines Schuldverhältnisses zwischen zwei Armenverbänden 324.
Ermäßigung der Beiträge zur Krankenversicherung 310; — s. Einkommensteuerermäßigung.
Ermessen bei Beurteilung von Bauanträgen 187; — Bedeutung des freien E. 192; — des Gerichts 394; s. Pflichtgemäßes E., Polizeiliche Prüfung.
Erneuerung der Bauerlaubnis beim Wechsel des Bauherrn 215.
Ersatzgeld s. Weidefrevel.
Ersatzkassen als Träger der Krankenversicherung 284; — Verhältnis zu den Krankenkassen 285.
Erschleichung einer Bewilligung oder Genehmigung 502.
Ersitzbarkeit von Gegenständen öffentlichrechtlichen Eigentums 167 f.
Erstattung s. Irrtümliche E.
Erweiterte Krankenpflege 300.
Erzieher 287, 292; — an öffentlichen Anstalten 290; — an nichtöffentlichen Anstalten 293.
Essen 213 f., 239, 459.

Fabrikarbeiter, Krankenkassen für sie in der älteren Zeit 266.
Fabrikkrankenkassen 272.
Fährbetrieb 286.
Familienangehörige des Arbeitgebers 294; — der Kassenmitglieder 301.
Familienhilfe 308.
Familienstiftung, Rente aus einer F. 143.
Familienunterstützung 424.
Fehlerhafte Staatsakte 250.
Fehlerhaftes Rechtsgeschäft 499.
Fensterflächen 196.
Festtage s. Sonntage.
Feuergefährliche Benutzung von Räumen 234.
Feuersicherheit eines Gebäudes 229.
Feuerstellen, Errichtung oder Verlegung von F. 486.
Fideikommißbesitzer, Minderjährige 143.
Fideikommißnachfolger 409.
Fiduziarische Geschäfte 380.
Finanzbedarf des Reichs und seine Deckung nach dem Kriege 418.
Finanzielle Interessen, Schädigung der f. J. des Staates und der Gemeinde 384.
Finanzminister, Ausführungsbestimmungen im Gebiete der Einkommensteuer 147.
Fiskus, Eigentum des F. 170; — s. Eisenbahnfiskus, Kanalfiskus.
Flächeneigenjagdbezirk 351 f., 406, 409.
Flößereibetrieb 286.
Fluchtlinie, Überschreitung der Fl. 192; — s. Genehmigung, Straßenfluchtlinie.
Flugwild 347.
Flure 199.
Flüsse 358 f., 360 f.
Forderungen, Übertragung zum Zwecke der Einziehung 380.
Forderungspfändung 329.
Formelles Eigentum als Stütze für die Bildung von Jagdbezirken 368.
Formelles Miteigentum, Bildung der Eigenjagdbezirke durch Schaffung von f. M. 390.
Fortsetzung, Erschwerung der F. des Baues 211; — Verhinderung der F. des Baues 219.
Forstwirtschaftliche Arbeiter 286.
Forstwirtschaftliche Zwecke, Eignung für solche 351; — Benutzbarkeit zu solchen 364.
Frankreich, Einigungswesen 125.
Freie Arztwahl 319.
Freie Überzeugung 4, 27 f., 35 f.
Freier Unterhalt, ob die Versicherungspflicht begründend 288.
Freitreppen 479.
Freiwillige Gerichtsbarkeit s. Beteiligte.
Freiwillige Krankenversicherung 309.
Freiwillige Versicherung bei der Krankenversicherung 306.

Digitized by Google

Fremde, den Zusammenhang unterbrechende Grundstücke als die Bildung von Eigenjagdbezirken verhindernd 353.
Fremdwörter, Vermeidung von Fr. 164.
Fuhrwerksbetrieb 286.
Fürsorgezögling, Unterhalt eines F. 332.
Fürstlich Hohenzollernsche Fideikommißverwaltung 292.

Garantieverbände für die Orts- und Landkrankenkassen 311.
Gastwirt, Kupplerischer 504.
Gattereigenjagdbezirk 345 f., 406 f., 409.
Gebäude in § 65 I 8 ALR. 478; — s. Abbruch, Abtragung, Feuersicherheit, Standfestigkeit.
Gebäudesteuer, Kürzung eines aus anderem Anlaß in der Hand einer Stadtgemeinde befindlichen Betrags um die G. 326.
Gebührenpflicht bei dem Antrag auf Baugenehmigung 224.
Geburtshilfe s. Ärztliche G.
Gefahr, Beseitigung einer G. 188; — zu Unrecht erfolgte Annahme einer G. im Sinne von § 10 II 17 ALR. 190.
Gefahrenklassen s. Abstufung.
Gefährdung von Ortskrankenkassen durch Errichtung von Betriebskrankenkassen 280; — einer Ortskrankenkasse durch eine Innungskrankenkasse 283.
Gefährlichkeit eines Baues für das Publikum 202.
Geflügel, Halten von G. 352.
Gegenstand der Anteilsrechte an den gemeinschaftlichen Anlagen bei der Auseinandersetzung 52.
Gehaltsansprüche des Staatsbeamten 332.
Geheimer Vorbehalt 378.
Gehilfen 287.
Gehöfte 352.
Geisteskranke, Fürsorge für G. 150.
Geistliche 441; — s. Amtsniederlegung, Dienstwohnungen.
Geistliche Genossenschaften, Mitglieder solcher 291.
Geld, Abfindung ganz in G. bei der Auseinandersetzung 51.
Geltendes Recht, Eigenschaft als solches 472 ff.
Gemeindebeamte, Eigenschaft als G. 316.
Gemeindekrankenversicherung 272, 277 f., 298, 300, 312, 314, 320; — s. Gemeinsame G.
Gemeiner Verkehr, Sachen, welche vom g. V. ausgenommen sind 174 f., 180.
Gemeines Wesen, Schaden und Unsicherheit des g. W. 479, 482.
Gemeinnützige Tätigkeit aus religiösen oder sittlichen Beweggründen 291.
Gemeinsame Betriebskrankenkassen 274, 280.
Gemeinsame Gemeindekrankenversicherungen 312.
Gemeinsame Ortskrankenkassen 273, 310.
Gemeinschaft nach Bruchteilen 56, 73; — der Auseinandersetzungsteilnehmer 66; — Verschiedene Bemessung der Anteile an den in die G. eingebrachten Grundstücken 397; — s. Aufhebung.
Genehmigung einer Überschreitung der Fluchtlinie 207, 210, 216, 220, 236, 238; — s. Ansiedlungsgenehmigung, Gewerbepolizeiliche G., Stillschweigende G.
Genehmigungsverfahren bei der Errichtung von Betriebskrankenkassen 280; — bei Innungskrankenkassen 282.
Genesende, Fürsorge für G. 301 f.
Genesungsheime, Errichtung durch Krankenkassen 314.
Genf 129.
Genossenschaft, Eigenschaft als G. 69; — s. Geistliche G.
Gerechtigkeitsgefühl 473.
Gerichtsakten, Mitteilung geschlossener G. an Universitätsdozenten für Unterrichtszwecke 421.
Gerichtsassessoren, Kommissionsdiäten der G. 143.
Gerichtskostenforderung, Aufrechnung einer G. 334.
Gerichtsverfassungsgesetz, Folgerungen aus § 1 GVG. 472; — s. Bürgerliche Rechtsstreitigkeit.
Gerichtsvollzieher, Beschäftigung bei G. 286.
Gesamthand, Natur der G. 64.
Geschäftsführer der Krankenkassen 314.
Geschlechtliche Ausschweifungen 296, 298.
Geschriebenes Recht, Dialektische Be-

Digitized by Google

wältigung der Gesetze des g. R. 471.
Geschworene, Eid der G. 32.
Gesellen 287.
Gesellenunterstützungskassen 265.
Gesellschaft im Sinne des BGB. 71 f.; — des Bürgerlichen Rechts 77 f.; — s. Sondervermögen.
Gesellschaften m. b. H. 141, 145.
Gesetz s. Zweck.
Gesetzesmaterialien, Wert der G. 391.
Gesetzesumgehung 385, 388, 394, 404; — s. Auflassung.
Gesetzgebungsbefugnis des Herrschers in der älteren Zeit 443.
Gesetzliche Bestimmungen, Geltung solcher 468.
Gesetzmäßige Verwaltung, Prinzip der g. V. 470.
Gesetzwidrige Einziehung von Abgaben 324 f.
Gesundheit der Bewohner 195.
Gesundheitspolizei und Bergbaubetrieb 103.
Gewässer 352; — Trennung durch G. 354.
Gewerbegerichte, Entlastung der G. 131.
Gewerbepolizei und Bergbaubetrieb 102.
Gewerbepolizeiliche Genehmigung 232.
Gewerbetreibende, Versicherung gegen Krankheit 294.
Gewerbliche Anlagen, Genehmigung für solche 204.
Gewerbliche Tätigkeit, Behinderung 188.
Gewerkvereine s. Amerika.
Gewohnheitsrechte aus der vorlandrechtlichen Zeit 449.
Glaubenseid 2.
Glaubhaftmachung 2, 5 f., 17 f., 36.
Gleichwertigkeit mit den Leistungen der zuständigen Krankenkasse 292.
Gliedmaßen s. Künstliche G.
Göhrde 346.
Görlitz 88.
Goslar 214, 459.
Gotha s. Wegerecht.
Gräben 479; — Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an Gr. 42 f.; — s. Bewässerungsgräben, Eigentum, Entwässerungsgräben, Grenzgräben, Unterhaltung.
Gras, Schneiden auf Wasserflächen 352.
Grasnutzung 42, 54.
Grenzgräben 46.
Grenzraine, Miteigentum an Gr. 56.
Grenzweg 355.
Grobe Verunstaltungen 490, 491, 492, 493.
Gröbliche Verunstaltung 494.
Großjährigkeit 409.
Grotten 479.
Gruben 479.
Grubenbahnen 96, 100 f., 103.
Grubenwässer 102.
Grund s. Wichtiger Gr.
Grundbuch, Eintragung im Gr. 56 f., 64, 76; — Eintragungen im Gr., die mit der wirklichen Rechtslage nicht übereinstimmen 379.
Grundbuchblatt, Anlegung eines Gr. 44 f.; — Vereinigung auf ein Gr. 395.
Grunddienstbarkeiten 58.
Grundlöhne bei der Krankenversicherung 306, 309 ff.
Grundsteuer, Verwaltung und Erhebung in der Oberlausitz 91.
Grundstücke, Erwerb usw. durch Krankenkassen 314.
Gute Sitten 373, 383, 503.
Gütergemeinschaft 403; — Aussetzung, wenn ein Pflegebefohlener während der Vormundschaft heiratet 433; — s. Allgemeine G.
Güterkonsolidation im Reg.-Bez. Wiesbaden 71.
Gütertrennung, Nachträgliche Vereinbarung der G. zwischen Eheleuten 153.
Gutsübertragnngsverträge 381.

Hafenpolizei und Bergbaubetrieb 101.
Haftung der Berufsvereine für ihre Vertreter 118.
Halle a. S. 195, 214.
Handelsbücher, Führung von H. 144.
Handelsrichter, Eid der H. 32.
Handlungsgehilfen, -lehrlinge 286 f.
Hannover (Prov.) 342, 344; — s. Realgemeinden.
Harz 348.
Hasen, Einkauf von H. 350.
Häßlicher Zustand, Schaffung eines solchen 494.
Haupteid 2.
Hauptverwaltung der Staatsschulden 420.
Hausbesitzer 395.
Hausgeld 301 ff., 307.
Hausgerät, Lieferung an Hilfsbedürftige 153.
Hausgewerbe, Undurchführbarkeit der

Digitized by Google

Vorschriften über die Krankenversicherung des H. 323.
Hausgewerbetreibende 278, 286, 290.
Hausgewerblich Beschäftigte 278.
Hausgewerbliche Versicherungspflichtige 305, 308.
Hausgrundstück, Miteigentumsanteil von winzigem Umfang an einem H. 388.
Haushaltsplan für das Markgraftum Oberlausitz 87.
Hebammen 319.
Hebammendienste 303.
Heeresverwaltungen 286.
Heiden 352.
Heildiener 319.
Heilmittel, Gewährung kostspieliger H. 301; — Gewährung durch Krankenkassen 302.
Heimat, Schutz der H. 496.
Helgoland 342.
Herrenlose wilde Tiere, Eigentum an solchen 348.
Herrenlosigkeit 60, 345.
Hessen, Parteieid im Verwaltungsstreitverfahren 8.
Herzoglich Braunschweigische Landschaft 292.
Hildesheim 459.
Hilfsbedürftige s. Kleidungsstücke, Künstliche Gliedmaßen, Naturalunterhalt.
Hilfskasse für den kommunalständischen Verband der Oberlausitz 89; — s. Eingeschriebene H., Landesrechtliche H.
Hilfskassengesetz, Aufhebung des H. 284.
Hinterbliebenenrente als Befreiung von der Invalidenversicherung bewirkend 291.
Hinterziehung im Gebiete der Zölle oder Steuern 503.
Hochschulunterricht, -bildung 293.
Höchstverdienstgrenze, bei welcher die Versicherungspflicht aufhört 288.
Hof, Planierung und Entwässerung eines H. 233.
Hofräume 352.
Höhe s. Mindesthöhe.
Hohenzollern s. Fürstlich.
Hohenzollernsche Fideikommißverwaltung 293.
Hohenzollernsche Lande 342.
Holland 127.
Holzungen 80.
Holzverkauf infolge elementarer Ereignisse 145.
Hut in Schonungen 433.
Hüttenwerke 96.
Hypothek, Bestellung einer H. 370.

Jagden s. Bindfadenjagden, Ruhen.
Jagdausübung s. Breite, Einstweilige Verfügungen.
Jagdbezirk, Vergrößerung des gemeinschaftlichen J. um mehr als 1/10 des bisherigen Umfanges 404; — s. Eigenjagdbezirke, Flächeneigenjagdbezirk, Formelles Eigentum, Gattereigenjagdbezirk, Waldenklaven.
Jagdleidenschaft 393, 401, 403; — Bedauerliche Erzeugnisse der J. 373.
Jagdordnung, Änderungen der J. 363, 416 f.; — s. Beteiligte, Eigenjagdbezirke, Kodifikation, Miteigentum.
Jagdpächter s. Wohlerworbene Rechte.
Jagdpachtgelder 372.
Jagdpachtperiode, Bildung von Eigenjagdbezirken während der laufenden J. 390.
Jagdpachtpreise s. Nachlaß.
Jagdpachtvertrag, Rücktritt vom J., Kündigung des J. 411.
Jagdrecht als an sich dem Eigentümer des Grund und Bodens zustehend 412; — s. Beschränkung, Zuwachssteuer.
Jagdrechtliche Beziehung s. Eigentum, Nießbrauch, Nutzungsberechtigte, Pacht, Wege, Zusammenhang.
Jagdrechtliche Vorteile s. Schiebungen.
Jagdschutzverein, Allgemeiner deutscher 403.
Jagdverpachtung 403.
Jahresarbeitsverdienst, der die Versicherungspflicht abschließt 288.
Jahreseinkommen, Berechnung des J. 144.
Identität des Eigentums und der Miteigentümer 400.
Inhalt des Anteilsrechts an den gemeinschaftlichen Anlagen bei der Auseinandersetzung 55.
Innenwand, Untersagung der Herstellung einer J. 235.
Innungskrankenkassen 272, 274 f., 282, 308, 313, 320 f.; — s. Gefähr-

Digitized by Google

dung, Genehmigungsverfahren, Zugelassene J.
Innungsverbände 118.
Inquisitionsmaxime 22.
Instruktionsmaxime 22.
Interessen s. Öffentliche J.
Interessentenwege 358.
Invalidenrente als Befreiung von der Invalidenversicherung bewirkend 291.
Invalidenversicherung s. Hinterbliebenenrente, Invalidenrente, Invalidität.
Invalidenversicherungspflicht 288; — Befreiung von der J. 292; — s. Antrag, Ausländer.
Invalidität, Befreiung von der Invalidenversicherung bewirkend 291.
Inventar s. Landwirtschaftliches J.
Irrtum 497, 500; — des Zustellungsbeamten 247; — bei der Anstellung eines Beamten 332.
Irrtümlich unrichtige Adressierung empfangsbedürftiger Willenserklärungen durch eine Privatperson 247.
Irrtümliche Erstattung durch einen Armenverband an einen andern 324.
Italien, Einigungsämter 128.
Juden, Verhältnisse der J. 465.
Jungviehweiden 79, 84.
jura quaesita 434.
Juristische Personen, Eigenschaft als j. P. 66, 75; — Ablehnung der Rechte einer j. P. 107; — Eigenjagdbezirke aus dem Eigentume von j. P. 367; — Erwerbsbeschränkungen von j. P. 385.
Juristische Persönlichkeit 71.

Kaligesetz 262.
Kalisalzbergbau 97.
Kalkgruben 79, 82.
Kammergericht 476.
Kanäle 360; — Trennung durch K. 354; — s. Nordostseekanal, Zubehörstreifen.
Kanalfiskus, Bildung von Eigenjagdbezirken 353.
Kanalisation, Anschluß an eine K. 220.
Kapitalabfindung bei der Krankenversicherung 308.
Kapitalkonto des Geschäftsherrn in den Passivis der Bilanz 144.
Kassenführung einer Betriebskrankenkasse 281.
Kassenverbände, Bildung durch Krankenkassen 321.
Kassenvereinigungen, Bildung durch Krankenkassen 322.
Kellereibetrieb 286.
Kellereien 479.
Kiesgruben 79, 84.
Kinder als Lehrlinge der eigenen Eltern 292.
Kindschaftssachen 4.
Kirche s. Trennung.
Kirchenrecht des ALR. 425 f.
Kirchenregimentliche Funktionen, Ausübung solcher 475.
Klage der Gesamtheit der Auseinandersetzungsteilnehmer und gegen sie 76.
Kleidungsstücke, Lieferung an Hilfsbedürftige 153.
Knappschaftskassen 275, 283.
Knappschaftslazarette 99.
Koalition 107.
Koalitionsrecht, Mißbrauch des K. 120.
Kodifikation des Jagdrechts durch die Jagdordnung 416.
Kohlenbergbau 96 f.
Kollegialismus in der kirchenrechtlichen Partie des ALR. 426.
Kommissionsdiäten s. Gerichtsassessoren.
Kommunalbetriebe, Kommunaldienst, Beschäftigung darin 287.
Kommunalständische Verbände, Umbildung bezw. Aufhebung solcher 93.
Königsberg i. P. 215.
Konkludente Handlungen 405.
Konkursverfahren 5.
Konsistorien, Kollegialer Charakter der K. 428.
Konsolidation des Eigentums 410; — s. Güterkonsolidation.
Konsularverwaltung 242 f.
Körperschaft, Eigenschaft als K. 66, 75.
Korporation des öffentlichen Rechts 155.
Kostenerstattungspflicht, Regelung zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts 332.
Kostenfestsetzung 36.
Kostenfreiheit 13.
Kraft s. Derogatorische K.
Krankengeld 295, 298, 305; — Höhe

Digitized by Google

des Kr. 301 f., 307; — s. Arbeitsverdienst, Sonn- und Festtage.
Krankenhäuser, Errichtung durch Krankenkassen 314.
Krankenhauspflege 298 f, 307; — s. Armenverband, Dienstboten.
Krankenhilfe, Dauer und Höhe der Kr. 307.
Krankenkassen, Beschäftigung bei Kr. 286; — s. Angestellte, Ärztliche Behandlung, Auflösung, Aufsicht, Ausschuß, Baukrankenkasse, Beitrittszwang, Berufsgenossen, Besetzung, Betriebskrankenkassen, Betrug, Dienstordnung, Entlassung, Ersatzkassen, Fabrikarbeiter, Fabrikkrankenkassen, Genesungsheime, Geschäftsführer, Gleichwertigkeit, Grundstücke, Heilmittel, Innungskrankenkassen, Kassenverbände, Kassenvereinigungen, Kündigung, Laufende Verwaltung, Leistungsfähigkeit, Organe, Ortskrankenkassen, Politik, Religion, Schließung, Sektionen, Selbständige Gewerbetreibende, Vereinigung, Vertreter, Verwaltung, Vorschüsse, Vorsitzender, Zahnärzte, -techniker.
Krankenkassenbeamte 420.
Krankenkost 303.
Krankenpflege, Beschäftigung mit Kr. aus religiösen oder sittlichen Beweggründen 291; — s. Erweiterte K.
Krankenpfleger, Hilfe und Wartung durch Kr. 300.
Krankenversicherung, Beginn der Mitgliedschaft 153; — Geschichtliche Entwicklung der K. 265 f.; — s. Abstufung, Beitragsleistung, Dauer, Dienstboten, Erlöschen, Ermäßigung, Ersatzkassen, Freiwillige K., Grundlöhne, Hausgewerbe, Kapitalabfindung, Kriegszeit, Mehrleistungen, Mindestleistungen, Reichsversicherungsordnung, Strafbare Handlung, Streitigkeiten, Unständig Beschäftigte, Versicherungszwang, Vorschüsse, Wartezeit, Weiterversicherung, Zuschußpflicht.
Krankenversicherungsgesetz, Ausdehnung seiner Vorschriften auf die Hilfskassen mit Beitrittszwang 271.
Krankenversicherungspflicht, Beginn der Kr. 288.
Krankheit s. Betriebsunternehmer, Doppelversicherung,, Gewerbetreibende.
Kreis, Wechsel im Kr. der gegen Krankheit versicherungspflichtigen Personen 285; — der versicherungsberechtigten Personen 293 f.
Kreuzberg, Denkmal auf dem Kr. in Berlin 491.
Kreuznach 214.
Krieg und Rechtswissenschaft 30.
Kriegsgewinne, Besteuerung 252.
Kriegsgewinnsteuer 148, 166.
Kriegswochenhilfe, Beibehaltung der Kr. 322.
Kriegszeit, Krankenversicherung während der Kr. 312.
Kriminalrecht des ALR. 441.
Kündigung des Gesellschaftsvertrags 72; — der Angestellten von Krankenkassen 317; — s. Jagdpachtvertrag, Wichtiger Grund.
Künstliche Gliedmaßen, Lieferung an Hilfsbedürftige 153.
Kurze Dauer von Lohnarbeit 293.

Lagerräume 199.
Landesgesetzgebung und Reichsrecht 336.
Landesherrliche Hof- usw. Verwaltungen 292 f.
Landesmitleidenheit in der Oberlausitz 91 f.
Landesrechtliche Hilfskassen 270, 284.
Landesverwaltungsgesetz 19.
Landeswasseramt, Parteieid vor dem LWA. 11.
Landkrankenkassen 277 f.; — Gewährung von Krankenhauspflege 300; — s. Garantieverbände.
Landrecht s. Allgemeines L.
Landschaft s. Braunschweigische L.
Landsteueramt, Ständisches, für die Oberlausitz 90.
Landtags-Dispositionsfonds der Oberlausitz 90.
Landwirtschaftlich Beschäftigte 278, 306, 310.
Landwirtschaftliche Arbeiter 286, 291.
Landwirtschaftliche Zwecke, Benutzbarkeit zu solchen 351, 364.
Landwirtschaftliches Inventar 143.
Laufende Verwaltung bei Krankenkassen 312 ff.
Lehmgruben 79, 82, 84.
Lehrer 287, 290, 292; — an nicht öffentlichen Schulen 293; — s. Dienstländereien, Dienstwohnungen.
Lehrlinge 287, 305, 310; — wieweit versicherungspflichtig 288.
Leistungen s. Mindestleistungen.
Leistungsfähigkeit der Arbeitgeber

Digitized by Google

291 f.; — der hausgewerblich Versicherungspflichtigen 310; — der Krankenkassen 323.
Licht, Mangel an L. 489.
Lichtzufuhr 195.
Lohnbedingungen, Günstigere 106 f., 118.
Lücke des Gesetzes 372, 461.
Lücken im öffentlichen Rechte 331.
Lückenlosigkeit der objektiven Rechtsordnung 473.
Luft, Mangel an L. 489.
Luftzufuhr 195.
Lügen, Bestrafung des L. 41.
Lügenstrafen 38.

Magdeburg 466.
Magistrat, Beanstandung von Beschlüssen der Stadtverordnetenversammlung 258.
Marineverwaltung 286.
Markgenossenschaft 69.
Massenvertragsbruch 120.
Maßgaben, Erteilung einer Bauerlaubnis unter M. 217, 222, 225, 236; — s. Aufhebung.
Maßgeblichkeit des Inhalts der Baupolizeiverordnungen 213.
Materialien des Gesetzes 467; — s. Gesetzesmaterialien.
Mehrleistungen bei der Krankenversicherung 300, 304.
Meineid 1; — Behandlung wie ein M. 34.
Mennoniten 467.
Mergelgruben 79, 82 f.
Michelauscher Kreis 461.
Milderung der Anforderungen an einen Bau 211.
Militäranwärter, Probeweise Beschäftigung von M. 290.
Mindesthöhe von Räumen, die zum dauernden Aufenthalte von Menschen bestimmt sind 198.
Mindestleistungen der Krankenversicherung 291, 295 ff., 298, 303.
Miteigentum 353; — Anteile an dem M. 46; — nach Bruchteilen 57, 60, 73; — als rechtliche Voraussetzung für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes 367; — Ausnutzung behufs Bildung von Eigenjagdbezirken 368; — ob den Anforderungen des § 4 der Jagdordnung entsprechend 386; — ob jedes nach dem bürgerlichen Rechte gültige M. für die Bildung eines Eigenjagdbezirkes in Frage kommt 390; — Unterscheidungen im Gebiete des M. 394; — s. Einheitlichkeit, Formelles M.
Miteigentumsanteile, Winzigkeit von M. 381.
Monopole 418.
Moore 352.
Mühlen s. Teiche.
Mühlhausen 459.
Münster 459.
Münster (Landkreis) 369.
Münster (Reg.-Bez.) 361, 371, 375, 403.

Nacheid 2.
Nachlaß am Jagdpachtpreise 413.
Nachträgliche Bauerlaubnis 200, 207.
Naturalunterhalt, Anspruch auf N., von dem ein Hilfsbedürftiger nicht Gebrauch machen will 152.
negotiorum gestio 332.
Neuostpreußen 453.
New York 129.
Nichtanzeigepflichtige Bauvorhaben 485.
Nichtigkeitsklage 13.
Niederlegung eines Baues 203.
Niedrigkeit der Räume 200.
Nießbrauch, Bedeutung in jagdrechtlicher Beziehung 365; — Bestellung eines N. 370; — Bestehen eines N. 409.
Nordhausen 459.
Nordostseekanal 352 f.
Norwegen 128.
Notare, Beschäftigung bei N. 286.
Notwehr, Notstand 345.
Nutzungsberechtigte, ob in jagdrechtlicher Beziehung anspruchsberechtigt 366.
Nutzungsrecht, Bestehen eines erblichen oder zeitlich nicht beschränkten N. 409.

Obdachlosigkeit 188.
Oberlausitz, Kommunalverfassung des Markgraftums O. 86 f.; — s. Grundsteuer.
Oberst s. Regimentskommandeur.
Oberversicherungsamt s. Spruchkammer.
Oberverwaltungsgericht 386 ff., 402, 410, 416, 422, 486, 490 f., 493 f.; — Stellung zum Parteieide 15; — Rechtsprechung auf dem Gebiete des Steuerrechts 144; — s. Thüringisches OVG.
Observanzen aus der vorlandrecht-

Digitized by Google

lichen Zeit 449.
Obstertrag 55.
Obstnutzung 42.
Ochsenwiese 80.
Offenbarungseid 2, 4, 7, 13 f., 21, 36.
Offene Handelsgesellschaft 65, 67, 77 f., 402 f.
Öffentliche gerichtliche Urkunde, Erfordernisse einer solchen 176.
Öffentliche Interessen, die ein polizeiliches Einschreiten unabweisbar erfordern 197.
Öffentliche Rechte s. Lücken, Subjektive ö. R.
Öffentliche Rechtswissenschaft, Aufgabe derselben 439.
Öffentliche Verbände und Körperschaften, Beschäftigung im Dienste oder in Betrieben solcher 292.
Öffentliches Recht, Umgrenzung des Begriffs 23.
Öffentliches und Zivilrecht, Prinzipieller Unterschied zwischen beiden 333.
Öffentliches Wohl 389.
Öffentlichkeit von Wegen 161, 358.
Offizier s. Regimentskommandeur.
Oppeln (Reg.-Bez.) 213.
Orchestermitglieder 287.
Organ, Eigenschaft als O. einer Körperschaft 68.
Organe der Krankenkassen 312.
Ortskrankenkassen 273, 277; — deren Mitgliederkreis mit dem Mitgliederkreis anderer Kassen in Widerspruch stand 271; — s. Allgemeine O., Garantieverbände, Gefährdung, Gemeinsame O.
Ortspolizeibehörde s. Polizeiliche Vorschrift, Polizeiverordnungen, Vorbehalt, Zuständigkeit.
Ortsüblicher Tagelohn 295 f.
Österreich 128.
Ostpreußisches Provinzialrecht 454, 456 f.

Pacht, Bedeutung in jagdrechtlicher Beziehung 365.
Paderborn 459.
Parteien s. Politische P.
Parteieid 383; — im Verwaltungsstreitverfahren 1 f.; — s. Auseinandersetzungsangelegenheiten, Baden, Bayern, Bedürfnis, Bindende Kraft, Braunschweig, Bundesamt, Hessen, Landeswasseramt, Oberverwaltungsgericht, Reichsversicherungsordnung, Thüringisches Oberverwaltungsgericht, Unzulässigkeit, Vernehmung, Württemberg.
Parteivernehmung 29, 37.
Partikularrecht, Anwendung vor dem ALR. 435; — Regelung der Geltungsfrage durch das Patent vom 9. September 1814 461.
Pensionskassen, Errichtung von P. mit Beitrittszwang 271.
Person des Antragstellers bei einer Bauerlaubnis 210.
Pfandgeld, Höhe des Pf. 432.
Pfändung eines gegen eine Sparkasse zustehenden Guthabens behufs Beitreibung von Abgaben 341; — s. Forderungspfändung.
Pfarrer s. Dienstländereien.
Pflasterung eines Weges 68.
Pflichtgemäßes Ermessen, ob anzunehmen 193.
Plätze in §§ 66 I 8 ALR. 479 f.
Politik und Krankenkassen 315 ff.
Politische Parteien in den Organen der Krankenkassen 315.
Polizei s. Amtshandlung, Prüfung.
Polizeigesetze, Hinweis auf die besonderen P. eines jeden Ortes 212; — eines jeden Ortes, Vorbehalt für sie 487
Polizeiliche Anordnungen s. Verhältnismäßigkeit.
Polizeiliche Erlaubnis für den Betrieb eines Unternehmens 238.
Polizeiliche Prüfung als durch die Bauerlaubnis, soweit es sich um freies Ermessen handelt, ausgeschlossen 197.
Polizeiliche Verfügungen, Anfechtung solcher 218; — s. Vorbehalt.
Polizeiliche Vorschrift, deren Anwendbarkeit von dem Verlangen der Ortspolizeibehörde abhängig ist 198.
Polizeiliches Einschreiten gegen den Fortbestand eines dem materiellen öffentlichen Baurecht entsprechenden, aber nicht genehmigten Baues 203; — gegen einen fertigen Bau wegen mangelnder polizeilicher Erlaubnis 204; — gegen einen genehmigten Bau, der das öffentliche Baurecht verletzt 206; — zur Herstellung eines der Maßgabe in einer Bauerlaubnis entsprechenden Zustandes 230; — gegen Verunstaltungen 486; — s. Öffentliche Interessen.

Digitized by Google

Polizeirechtliche Bestimmungen der vorlandrechtlichen Zeit 431.
Polizeistaat 170.
Polizeiverordnungen mit Vorschriften, zu deren Anwendung es im einzelnen Falle einer Willensäußerung der Ortspolizeibehörde bedarf 193; — s. Ausnahme.
Polizeiverwaltungsgesetz, Heranziehung seines § 6 489.
Polizeiwidrige Bauten, Verhinderung solcher 203.
Polizeiwidrige Zustände 238.
Polnisches Partikularrecht 453.
Pommern 213, 215, 428.
Posen 213 f., 239.
Posen (Großherzogtum) 462.
Postverwaltung 286.
Prahmbetrieb 286.
Prämienpapiere, Auslosung von Pr. 145.
Praxis, Bedeutung der Pr. für die Erkenntnis des wirklichen Rechtes 468; — Gewicht einer vom Gesetze sich bewußt loslösenden Pr. 471; — Eigenmächtigkeiten der Pr. 474.
Preissteigerungen 140.
Privates und öffentliches Recht, Scheidung beider 501.
Prinzipale Geltung der spezifisch öffentlichrechtlichen Normen des ALR. 451.
Prinzipalität des öffentlichen Rechtes des ALR. 428.
Prisengerichte 8.
Privateid 1.
Privateigentum am Wegekörper 358.
Privates und öffentliches Recht, Unterschied zwischen beiden 440.
Privatgesellschaft, Erlaubte Pr. im Sinne des ALR. 70.
Privatrechtliche Normen, Übertragung auf öffentlichrechtliche Verhältnisse 331.
Privatrechtswissenschaft, Aufgabe derselben 439.
Privaturkunde, die in einem öffentlichen Archive gefunden wurde 177.
Privatwege 352, 357.
Provinzialgesetzbücher, Ausarbeitung der Entwürfe der Pr. 431; — Projektierte rasche Abfassung der Pr. 445.
Provinzialrechte in den Rheinprovinzen 449.
Provinzial-Sparkasse, Oberlausitzer 88 f.
Prüfung eines Bauwerkes durch die Polizei 203; — s. Polizeiliche Pr.
Raine s. Grenzraine.
Rampen 479.
Raufhändel 295, 298.
Räumung eines Hauses, das infolge von Bergbau beschädigt ist 97.
Realgemeinden in Hannover 67, 69, 77.
Reallasten 58.
Rechnungsführung einer Betriebskrankenkasse 281.
Recht und Pflicht, Verhältnis zueinander 421.
Recht, Verknüpfung mit dem Eigentum an einem Grundstücke 45; — Verletzung eines R. im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB. 330.
Rechtmäßigkeit der einzelnen Baubedingung 231.
Rechtsangelegenheiten, Rechtsstreitigkeiten, Rechtsmaterie 449.
Rechtsanwälte, Einkommen der R. 145; — s. Anwälte.
Rechtsfähigkeit, Verleihung der R. 157.
Rechtshandlungen der gesamten Hand der Auseinandersetzungsteilnehmer 72.
Rechtskraft, Einwand der R. 377.
Rechtsnachfolger, ob die Bauerlaubnis auch für den R. gilt 215.
Rechtsordnung, Unparteiliche Handhabung der R. 403; — Einheitlichkeit und Geschlossenheit der R. 472.
Rechtssouveränität 500.
Rechtsstaat 484.
Rechtsverordnungen 472.
Rechtsvorgänger, dem R. erteilte Bauerlaubnis 213 f.
Rechtsweg 318; — Zulässigkeit des R. 324 f.
Rechtswirksamkeit der Baugenehmigung 222, 224.
Regimentskommandeur, Vereinbarung mit dem R. über die Zulage an einen jungen Offizier 143.
Reichseinigungsamt 113, 132 f.; — in England 125.
Reichsgericht 255, 348 f.
Reichstag, Die Rechtsfähigkeit der Berufsvereine im R. 111.
Reichsversicherungsamt s. Spruchsenat.
Reichsversicherungsordnung und Parteieid 7; — Organisation der

Digitized by Google

Krankenversicherung gemäß der RVO. 276 f.
Reinigungseid 2, 3, 6, 22.
Religion und Krankenkassen 315 ff.
Religiöse Beweggründe s. Gemeinnützige Tätigkeit, Krankenpflege, Unterricht.
Rentengüter s. Wiederkaufsrechte.
Rentenschuld 46.
replicatio doli 498.
res omnium communes 174.
res publicae, Eigentum an solchen 170.
Restfläche nach Abzug der für die Bildung des Eigenjagdbezirks in Betracht kommenden Grundflächen 415.
Restitutionsklage 13, 499 f.
Rheinprovinzen s. Provinzialrecht.
Richter, Stellung zum Gesetze nach Auffassung von Suarez 469; — Unterordnung unter das Gesetz 470; — Amtsentlassung eines R. 473.
Richtiges Recht 395.
Ringofenziegeleien 96.
Rohr 352.
Rückgängigmachung einer baulichen Veränderung 241.
Rücktritt s. Jagdpachtvertrag.
Ruhen der Jagd 413 f.
Ruinen, Künstliche 479.

Sache, Begriff der S. 399.
Sachsengänger 291.
Sachverständigeneid 4.
Salinen 96, 275.
Sandflächen 352.
Sandgruben 79 f., 82, 84.
Satzung einer Betriebskrankenkasse 281.
Saupark Springe 346.
Schaden des gemeinen Wesens 191.
Schadensersatzpflicht im Falle einer Bestechung 503.
Schädlichkeit eines Baues für das Publikum 202.
Schädlichkeiten, Abwendung von Sch., die durch eine Bauausführung entstehen würden 233.
Schafwäsche 80.
Schankkonzession 250.
Schätzungseid 2, 7, 16, 36.
Schauspielunternehmer, Unzuverlässiger 504.
Scheingeschäft 373, 375 f., 378 f., 382, 391.
Scheunen 352; — Benutzung als Sch. 233.
Schiebungen 416; — um jagdrechtlicher Vorteile willen 372.
Schiedseid 2.
Schiedsgerichtsbarkeit zur Verhütung oder Beendigung des Arbeitskampfes 137.
Schiffahrtspolizei und Bergbaubetrieb 101.
Schiffsbesatzungen 287 f.
Schiffsziehen 286.
Schilf 352.
Schlafhaus s. Arbeiterschlafhaus.
Schlägereien 295.
Schlesien 370.
Schließung einer Krankenkasse 312.
Schönheitliche Bestrebungen, Förderung derselben 496.
Schönheitliches Gebiet, Empfinden auf diesem 490.
Schonzeit s. Wildschonzeit.
Schornsteine 479.
Schöffen, Eid der Sch. 32.
Schulbediente 441.
Schulschwestern 291.
Schürfarbeiten 96.
Schutzwaldungen 83.
Schwangerengeld 303.
Schwangerschaftsbeschwerden 302 f.
Schweden, Vermittlung bei Arbeitsstreitigkeiten 128.
Schweiz, Einsetzung von Einigungsbehörden 128.
See, Gemeinschaftlicher 80.
Seeschiffahrtsbetriebe, Beschäftigung in S. 287.
Sektionen, Bildung bei Krankenkassen 322.
Selbständige Eigenjagdbezirke 364, 410.
Selbständige Gewerbetreibende, Krankenkassen für sie in der älteren Zeit 267.
Selbsthilfe 345.
Selbstverwaltung 273, 278.
Sicherheit, Bestellung einer S. bei Entnahme von Wasser und elektrischer Kraft 326.
Sicherheitspolizei und Bergbaubetrieb 103.
Sicherungsmaßnahmen des Staates 250.
Sicherungsübereignung unentbehrlicher Gegenstände 381.
Simulation, Bekämpfung der S. 273.
Sinn des Gesetzes 388, 414.
Sittliche Beweggründe s. Gemein-

Digitized by Google

nützige Tätigkeit, Krankenpflege, Unterricht.
Solling 348.
Sondervermögen bei der Gesellschaft 54, 72.
Sonne, Mangel an S. 489.
Sonntag, Regelmäßige Rückkehr zur Familie nur am S. 153.
Sonn- und Festtage, Gewährung des Krankengeldes an S. 300 ff.
Sonntagsarbeit, Beseitigung der S. 106.
Soziale Probleme 105 f.
Sozialdemokratisches Agitationsprogramm 106.
Sozialpolitische Betätigung eines Vereins 105.
Spanien, Rechtsfähigkeit der Arbeitergewerkvereine 110.
Sparkasse s. Pfändung, Provinzialsparkasse.
Sparkassenbuch 327.
Spateisenstein-Röstöfen 96.
Spätere baurechtliche Vorschriften, Anwendung auf ältere Bauwerke 209.
Spätere Erwerber des Bauwerkes, Vollstreckung aus Anlaß von Baubedingungen gegen solche 237.
Speditionsbetrieb 286.
Speichereibetrieb 286.
Sprengstoffe 104.
Springe s. Saupark Springe.
Spruchausschuß des Versicherungsamts 307.
Spruchkammer des Oberversicherungsamts 307.
Spruchsenat des Reichsversicherungsamts 307.
Staat, Juristischer Mehrwert des St. 501; — s. Trennung.
Staatsanwaltschaft 6.
Staatsbeamter, Eigenschaft als St. 316.
Städteordnung von 1808 466.
Stadtverordnetenversammlung s. Magistrat.
Stall, Genehmigung mit einer Maßgabe 232.
Standesvertretungen, Schaffung von St. 157.
Standfestigkeit eines Gebäudes 229.
Statutenbegriff im ALR. 423.
Stehendürfen eines Bauwerkes als angeblicher Inhalt der Bauerlaubnis 200.
Steinbrüche 79, 82, 84 f.
Steinsalzbergbau 97.
Stempelsteuer, Herbeiführung der zwangsweisen Zahlung 334.
Sterbegeld 295 f., 298, 301 ff., 307.
Stettin 332.
Steuererklärungen, Unterschrift unter St. 143; — Versicherung der Abgaben „nach bestem Wissen und Gewissen" 147.
Steuerersparung als offenkundiger Zweck von Rechtsgeschäften 384.
Steuerforderungen s. Aufrechnung.
Steuerkraft, Beeinträchtigung der St. des Publikums 188.
Steuermoral, Sinken der St. 147.
Steuerrecht s. Oberverwaltungsgericht.
Stiftung s. Familienstiftung.
Stillgeld 303.
Stillegung von Bergwerken 97.
Stillschweigende Genehmigung 484.
Strafbare Handlung gegen Krankenversicherung 297.
Strafgesetze, Verhinderung einer Verletzung der Str. 203.
Strafrechtliche Bestimmungen der vorlandrechtlichen Zeit 431, 433.
Strafrichter, Keine Bindung durch deklaratorische Entscheidungen der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte 351.
Straßenfluchtlinie, Einhaltung der Str. 234.
Streiks, Stellungnahme zu Str. 106; — Anstiftung ungerechter Str. 120.
Streikpostenunwesen, Bekämpfung des Str. 113.
Streitigkeiten über die Gewährung der Leistungen der Krankenversicherung 307; — über die Leistungen und Zahlung von Beiträgen zur Krankenversicherung 310; — zwischen Arbeitgebern und Versicherungspflichtigen über Berechnung und Anrechnung der Beitragsteile zur Krankenversicherung 311; — aus dem Dienstverhältnisse der Angestellten von Krankenkassen 318.
Strompolizei und Bergbaubetrieb 101.
Stundung von Kosten 13.
Suarez s. Richter.
Subjektive Dinglichkeit 209.
Subjektive öffentliche Rechte 422.
Subsidiarität der öffentlichrechtlichen Bestimmungen des ALR. 426, 428.
Subsidiarische Geltung der spezifisch öffentlichrechtlichen Normen des ALR. 451.

Digitized by Google

Suhler Baureglement 432.
Sümpfe 352.
Surrogation, Grundsatz der S. 54.

Tagelohn s. Durchschnittlicher T., Ortsüblicher T.
Tarifverletzungen 118 f.
Tarifverträge, Klagbare und vollstreckbare 120; — Streitigkeiten aus T. 122.
Tarifvertragswesen, Regelung des T. 113.
Täuschung s. Arglistige T.
Tecklenburg (Kreis) 376.
Teer, Teerwasser 96.
Teerdestillationen 96.
Teiche 353; — von Mühlen 352; — Miteigentum an T. 404.
Teilung des gemeinschaftlichen Vermögens bei der Auseinandersetzung 56.
Teilweise Versagung der Bauerlaubnis 228.
Telegraphenverwaltung 286.
Teleologische Auslegung gesetzlicher Vorschriften 389, 391.
Territorialismus, ob die kirchlichen Zustände in Preußen gegen Ende des 18. Jahrhunderts beherrschend 426.
Thorn 461.
Thüringen 348.
Thüringisches Oberverwaltungsgericht, Parteieid in dem Verfahren 9.
Tiere s. Wilde T.
Tiergarten, Eigenschaft als T. 346; Begriff des T. 349; — s. Berliner T.
Tierhalter 416.
Tod des Bauherrn 211.
Träger s. Eiserne T.
Trankstätten 79, 82 f.
Transportgewerbe, Beschäftigung im Tr. 286.
Transvaal 126.
Treppen s. Freitreppen.
Traßbrüche 97.
Trennung von Staat und Kirche 475.
Treu und Glauben 43, 334.
Trunkfälligkeit 296.
Truppenübungsplatz 352.
Türkei 127.

U-Räume 234.
Übereignung von Sachen zum Zwecke der Verpfändung 380.
Übergang des Rechtes aus der Bauerlaubnis 216.
Überstunden, Beseitigung der Ü. 106.
Überzeugung s. Freie Ü.
Überzeugungseid 2.
Umbau, Erlaubnis zu einem U. 200.
Umgehung s. Gesetzesumgehung.
Umgestaltung weiterer Gebäudeteile bei erheblichen baulichen Veränderungen 239.
Umweg zur Erreichung eines Erfolges, den das Gesetz verhindern will 385.
Unbedingte Zulässigkeit eines Baues 190.
Unbedingte Unzulässigkeit eines Baues 191.
Unerlaubte Handlung 330, 338.
Ungeeignete Wohnungen, Verbot des Bewohnens 188.
Ungerechtfertigte Bereicherung 338.
Unlauterer Wettbewerb 499.
Unschicklich 491.
Unsicherheit des gemeinen Wesens 191.
Unständig Beschäftigte 305 f., 308, 310; — Bedenken gegen die Durchführbarkeit ihrer Krankenversicherung 323.
Unterhalt s. Freier U.
Unterhaltung der Wege und Gräben nach Auseinandersetzungen 47, 56.
Unterricht, Beschäftigung mit U. aus religiösen oder sittlichen Beweggründen 291.
Unterschrift s. Berufung.
Unterstützungswohnsitz, Ruhen der Frist für den Erwerb und Verlust des U. 153.
Untersuchungsmaxime 3, 22, 39, 40, 379.
Unzulässigkeit des Parteieids 28.
Unzuverlässigkeit in bezug auf einen Gewerbebetrieb 504.
Urkunden aus dem Mittelalter, Eigentum an solchen 168; — s. Öffentliche gerichtliche U., Privaturkunde.
Urkundenbeweis 16 f., 20, 178.

Veränderungsbauten, Anzeigepflicht bei solchen 481.
Veranlagung der Steuern 254.
Veräußerung eines Teiles des gemeinschaftlichen Vermögens nach der Auseinandersetzung 63.
Verbände s. Öffentliche V.
Verbot, Richtung des V., ohne Erlaubnis zu bauen 201; — mit Erlaubnisvorbehalt 204.
Verdienst s. Arbeitsverdienst.

Digitized by Google

Verein, Nichtrechtsfähiger 70, 76, 403; — s. Berufsvereine, Zweigvereine.
Vereinigung von Krankenkassen 312.
Vereinsvorstand, Schaden, den ein V. einem Dritten zugefügt hat 115.
Verfügung über das Anteilsrecht an den gemeinschaftlichen Anlagen bei der Auseinandersetzung 57; — über die einzelnen Gegenstände des gemeinschaftlichen Vermögens bei der Auseinandersetzung 64.
Vergleich 21, 24.
Verhältnis der Beteiligung an gemeinschaftlichen Anlagen nach einer Auseinandersetzung 50.
Verhältnismäßigkeit polizeilicher Anordnungen 203.
Verhältniswahl 312 f.
Verhandlungsmaxime 6, 22, 39 f.
Verhinderung eines unzulässigen Bauens 220.
Verhören 251.
Verkehr, Störung des V. 188; — s. Bürgerlicher V., Gemeiner V.
Verkrüppelung, Hilfsmittel gegen V. 302.
Vermögenszuwachs, Besteuerung des V. 252.
Vernehmung der Parteien statt des Parteieids 7.
Verpfändung s. Übereignung.
Verputzen eines Bauwerkes 234; — von Hochbauten 485.
Versagung des polizeilichen Einschreitens 197; — der Bauerlaubnis 223; — s. Teilweise V.
Versammlungen unter freiem Himmel 504.
Versatzmaterial, Gewinnung von V. 96.
Versicherung an Eidesstatt 2, 5, 7, 14, 17 f., 21, 29, 36 f.; — s. Doppelversicherung, Freiwillige V., Weiterversicherung.
Versicherungsamt s. Spruchausschuß.
Versicherungsanstalten, Beschäftigung bei V. 287.
Versicherungsgesetz für Angestellte und Parteieid 7.
Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit 284.
Versicherungszwang bezüglich der Krankenversicherung 289.
Verstoß gegen eine zwingende Vorschrift des öffentlichen Baurechts 219 f.; — einer Baugenehmigung gegen das öffentliche Baurecht 227.
Vertrag, Auseinandersetzungsrezeß als V. 62.
Vertragswille, Erforschung des V. 62.
Vertreter, Bestellung nach dem Gesetze vom 2. April 1887 65 f., 75; — für die Generalversammlung der Krankenkassen 316.
Vertretung der Städte und Landgemeinden 255.
Verunstaltung der Städte und öffentlichen Plätze 191; — von Ortschaften und landschaftlich hervorragenden Gegenden 194; — einer Straße oder eines Platzes 202; — Hilfsmittel gegen V. 302; — Verhütung von V. beim Bauen 477 f.; — s. Polizeiliches Einschreiten.
Verwaltung, Allgemeine Bemerkungen über die V. 422.
Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens bei der Auseinandersetzung 66; — der gemeinschaftlichen Angelegenheiten nach einer Auseinandersetzung 75; — der Krankenkassen 313.
Verwaltungspraktiker, Bindung der V. 470.
Verwaltungsrichter, Rechte und Pflichten des V. 33; — Keine Erteilung der Bauerlaubnis durch den V. 226; — Feststellungen über Rechtsverhältnisse, von denen seine Entscheidung abhängt 325.
Verwaltungsstreitverfahren s. Beweismittel, Parteieid, Vollstreckung, Vorfragen, Zwischenfragen.
Verwaltungszwangsverfahren 14, 149.
Verzicht auf Landabfindung bei der Auseinandersetzung 51; — auf das Anteilsrecht an den gemeinschaftlichen Anlagen nach der Auseinandersetzung 57; — auf die Bildung eines Eigenjagdbezirkes 405.
Vieh, Tränken von V. 352.
Viehtränke 80 f.
Viehtummelplätze 79, 84.
Volkskraft, Stärkung und Mehrung der V. 418.
Vollmacht im Sinne der Gemeindeordnungen 256.
Vollständigkeit der Bauvorlagen 222.
Vollstreckung im Verwaltungsstreitverfahren 14.
Vorbehalt bezüglich Anwendung polizeilicher Vorschriften auf Verlangen der Ortspolizeibehörde 193; — das,

Digitized by Google

was befohlen sein soll, in den Einzelfällen durch polizeiliche Verfügungen kund zu tuen 195; — s. Geheimer V.
Vorbehalt des Gesetzes 260.
Vorbehaltsgut 402.
Voreid 2.
Vorfragen in einem Verwaltungsstreitverfahren 24.
Vorgarten 220 f., 227.
Vorkaufsrecht 58, 381.
Vorläufig unterstützungspflichtiger Armenverband 292.
Vorläufige Bauerlaubnis 200, 208.
Vorlegungseid 2, 7, 16, 17.
Vormerkung zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Rückübertragung von Grundeigentum 368, 381.
Vormundschaft s. Gütergemeinschaft.
Vormundschaftsordnung 433.
Vormundschaftsrichter, Genehmigung des V. 333.
Vororte von Berlin 496.
Vorschüsse, Gewährung für Zwecke der Krankenversicherung 311; — an Krankenkassen 312.
Vorsitzender des Vorstandes der Krankenkasse 313.
Vorstand der Krankenkasse 313; — s. Vereinsvorstand.
Vorübergehende Beschäftigung 286, 289, 294, 307.
Vorübergehender Aufenthalt von Menschen 199.

Wahlrecht, -pflicht 258.
Wahrheit, Ermittelung der W. 39.
Wahrheitseid 2.
Wahrheitspflicht 38.
Wahrsagen 263.
Wald, Nutzungen des W. 145.
Waldeck 343.
Waldenklaven, die nicht zu einem Jagdbezirke gehören 364.
Walzwerke 96.
Wand s. Innenwand.
Wandergewerbe 278, 310; — Beschäftigung im W. 308.
Wandergewerbetreibende 289.
Wartezeit bei der Krankenversicherung 296, 300 ff., 304.
Wasser s. Sicherheit.
Wassergenossenschaften 158.
Wassergesetz, Verleihung nach dem W. 232.
Wassergrundstücke 79.
Wasserleitung, Anschluß an eine W. 220.
Wasserpolizei und Bergbaubetrieb 102.
Wechsel des Bauherrn 213 f.; — des Bauleiters 214; — in der Person des Bauherrn, Bauleiters (Berlin) 215; — s. Besitzwechsel.
Wege 358; — Recht der Auseinandersetzungsteilnehmer an W. 42 f.; — Senkung in W. infolge des Bergbaues 97; — Trennung durch W. 354; — in jagdrechtlicher Beziehung 356, 359 f., 361; — s. Eigentum, Interessentenwege, Öffentlichkeit, Pflasterung, Privatwege, Unterhaltung, Wirtschaftswege, Zubehörstreifen.
Wegebaulast 449.
Wegekörper s. Privateigentum.
Wegerecht in dem Herzogtume Gotha 161.
Weiden s. Jungviehweiden.
Weidefrevel, Ersatzgeld bei W. 23.
Weideplätze 80.
Weiterversicherung bei der Krankenversicherung 294, 309.
Weltkrieg s. Aberglaube.
Werden 459.
Werkmeister 287, 306.
Wertsteigerung von Grundstücken 140.
Wertzuwachssteuer, Zurückbehaltung des Betrags der W. 338.
Westfalen 344, 392, 463; — s. Anerbenrecht.
Westpreußen 215, 463.
Wichtiger Grund für die Kündigung und Entlassung 317.
Widerruf der Bauerlaubnis 206, 229; — eines falsch zugestellten Verwaltungsakts 248.
Widerspruch zwischen dem Bauvorhaben und einer Norm des öffentlichen Rechts 192, 199.
Wiederaufnahme des Verfahrens 13 f.
Wiederkaufsrechte bei Rentengütern 58.
Wiesbaden s. Güterkonsolidation.
Wild s. Flugwild.
Wilde Tiere 345 f.; — s. Herrenlose wilde T.
Wildern, Verurteilung wegen W. 350.
Wildschadenersatz 24, 345.
Wildschonzeit, Keine Bindung an die Vorschriften über W. 346.
Wildstand, Erhaltung eines guten W. 393.
Wille des Gesetzgebers 28, 339, 437, 449, 450, 452, 467, 476; — des

Digitized by Google

Staatsorgans durch eine Handlung einen bestimmten Erfolg zu erreichen 249.
Willenstheorie, Überspannung der zivilistischen W. 382.
Willkür, Abdankung des Rechtssatzes zugunsten der W. des Einzelakts 195.
Winkel, Miteigentum an W. 56.
Wirkliches Recht 473 f.; — Eigenschaft als solches 472.
Wirksamkeit s. Rechtswirksamkeit.
Wirkungen der Bauerlaubnis 236.
Wirtschaftswege 352.
Wochengeld 298.
Wochenhilfe 303, 308; — s. Kriegswochenhilfe.
Wochenhilfe 303, 308.
Wöchnerinnenheim 298.
Wöchnerinnenunterstützung 295 f., 298, 301 f.
Wohl s. Öffentliches W.
Wohlerworbene Rechte 431, 439, 445; — des Jagdpächters 413, 415.
Wohlfahrt des Staates und des Einzelnen 478.
Wohnhaus, Verwendung als W. 221.
Wohnungen s. Ungeeignete W.
Württemberg, Parteieid in dem Verwaltungsstreitverfahren 9.

Zahnärzte, -techniker bei Krankenkassen 319.
Zeugen, Beeidigung von Z. 34.
Zeugeneid 4, 32.
Zinsanspruch, ob begründet 338.
Zivilprozeß, Parteieid im Z. 6.
Zubehör, Wege und Gräben als Z. der Abfindungsländereien 44; — Anteilsrecht jedes Beteiligten an den gemeinschaftlichen Gegenständen als Z. 48.
Zubehörstreifen, die längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen führen 359; — neben Wegen 360; — längs Wegen, Kanälen und Eisenbahnen 361.
Züchtigung, Körperliche 38.
Zugelassene Betriebskrankenkassen 279.
Zugelassene Innungskrankenkassen 283.
Zugestandene Tatsachen 27.
Zulässigkeit s. Bedingte Z., Unbedingte Z.
Zusammenhang des Grundeigentums, der für die Bildung von Eigenjagdbezirken erforderlich ist 354; — getrennt liegender Grundstücke in jagdrechtlicher Beziehung 356; — Herstellung des Z. zur Bildung eines Eigenjagdbezirkes 359.
Zuschußkassen 271.
Zuschußpflicht im Interesse der Krankenversicherung 311.
Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde als nicht durch Polizeiverordnung zu begründen 195.
Zustellung einer Erklärung an eine unrichtige Person 246 f.
Zustellungsbeamte s. Irrtum.
Zustimmung zu Baubedingungen 223.
Zuwachssteuer und Jagdrecht 368; — s. Wertzuwachssteuer.
Zwangsmittel, Androhung eines Zw. bei der Maßgabe einer Bauerlaubnis 235.
Zwangsverwaltung eines Grundstücks 143.
Zwangsverwaltung, -versteigerung, Antrag auf solche 149.
Zwangsvollstreckung in die Anteilrechte an gemeinschaftlichen Anlagen bei der Auseinandersetzung 58 f.
Zwangsweise Durchsetzung der Maßgabe, unter der eine Bauerlaubnis erteilt ist 230.
Zweck, zu dem sich das Bauwerk oder die einzelnen Räume nicht eignen 221; — des Gesetzes 388.
Zweckgedanke im öffentlichen Rechte 389.
Zweigverein, Mißbilligung der Handlungen von Beamten eines Zw. 119.
Zwischenfragen im Verwaltungsstreitverfahren 24.

Digitized by Google

II. Verzeichnis der besprochenen Literatur.

(Die Namen der Herren Berichterstatter sind in Klammern beigefügt).

Baath, Praktische Behandlung von Armenpflegefällen (Herr Regierungsrat Dr. Olshausen in Hamburg) 152.

Berliner Gemeinderecht (v. Keil) 166.

Breithaupt, Öffentliches Armenrecht und persönliche Freiheit (Herr Bürgermeister Dr. Thelemann in Wittenberg) 154.

van Calker, Amtsverschwiegenheitspflicht (Dr. Schultzenstein) 419.

Dehlinger, Inhaltsverzeichnis zum Bundes- und Reichsgesetzblatte von 1867 bis 1915 164.

Düsel, Verdeutschungen 164.

Fleiner, Beamtenstaat und Volksstaat (Dr. Schultzenstein) 261.

Fuisting-Strutz, Die preußischen direkten Steuern (Herr Geheimer Regierungsrat Friedberg in Cassel) 139.

Görres, Aufsätze und Abhandlungen zum Kaligesetze (Dr. Schultzenstein) 262.

Hahn, Handbuch der Krankenversicherung (Herr Privatdozent Dr. Waldecker in Berlin) 259.

Handbuch der inneren Verwaltung für Bayern rechts des Rheines. Herausgegeben von Henle 423.

Helfritz, Die Vertretung der Städte und Landgemeinden nach außen in dem Gemeinderechte der östlichen Provinzen Preußens (Herr Justizrat Dr. Friedrichs in Düsseldorf) 255.

Hellwig, Weltkrieg und Aberglaube (Dr. Schultzenstein) 263.

Hubrich, Der Statutenbegriff im Allgemeinen Landrechte 423.

Jünger, Kriegsgesetze (Herr Beigeordneter Dr. Markull in Barmen) 158.

Kautz, Das Verwaltungszwangsverfahren wegen Beitreibung von Geldbeträgen (Herr Landesrat Appelius in Düsseldorf) 148.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes (Dr. Schultzenstein) 162.

Koehne, Das Recht der Sozialversicherung und der Krieg (Herr Landrichter Ernst Ruben in Essen-Bredeney) 155.

Kriegsgewinnsteuer (Dr. Schultzenstein) 166.

Liebrecht, Gesetz, betreffend Unterstützung von Familien in den Dienst eingetretener Mannschaften (Dr. Schultzenstein) 424.

Loening, Das Wegerecht in dem Herzogtume Gotha (Dr. Schultzenstein) 161.

Frhr. v. Mackay, Die moderne Diplomatie (Herr Professor Dr. Dochow in Heidelberg) 159.

Moeli, Die Fürsorge für Geisteskranke und geistig Abnorme (Herr Regierungs- und Medizinalrat Dr. Solbrig in Königsberg) 150.

Mombert, Der Finanzbedarf des Reichs und seine Deckung nach dem Kriege (Herr Oberregierungsrat Maatz in Osnabrück) 418.

Moesle, Gesetz über vorbereitende Maßnahmen zur Besteuerung der Kriegsgewinne (Herr Ober-Regierungsrat Michaelis in Bromberg) 252.

Nay-Kniebe, Branntweinsteuergesetz (Dr. Schultzenstein) 264.

Piloty, Verwaltungsrechtliche Gedanken (Dr. Schultzenstein) 421.

Schindler und Götze, Jahrbuch der Arbeiterversicherung für 1916 (Herr Geheimer Justizrat Hahn in Berlin-Zehlendorf) 259.

Stier-Somlo, Verwaltungsgesetze und Verwaltungsverordnungen (Herr Professor Dr. Dochow in Heidelberg) 160.

Stier-Somlo, Kriegsgewinnsteuergesetz (Herr Oberregierungsrat Michaelis in Bromberg) 252.

Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im Preußischen Verfassungsrechte (Dr. Schultzenstein) 260.

Waldecker, Über den Begriff der Korporation des öffentlichen Rechtes (Herr Justizrat Dr. Friedrichs in Düsseldorf) 155.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen 165.

v. Wilmowski, Das preußische Einkommensteuergesetz (Herr Oberregierungsrat Michaelis in Bromberg) 142.

Zwölf Monate Kriegsnotgesetze (Herr Beigeordneter Dr. Markull in Barmen) 158.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 953 0